

***La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador (parte general)*, Aniceto Masferrer (ed.), The Global Law Collection, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, 830 pp. [ISBN: 978-84-9152-144-0]**

El Código normativo, entendido como conjunto de disposiciones ordenadas, sistemáticas, atinentes a un único sector del ordenamiento jurídico, lo que hemos venido en denominar Codificación, es un fenómeno jurídico que se desarrolló en Europa tras las revoluciones contemporáneas, y que se convirtió en el principal, no el único, modo de creación y formalización del derecho. La codificación, en sí misma, es por tanto, una técnica legislativa, la más relevante diría yo, utilizada en Europa primero, y en América después, por los Estados liberales de Derecho, a partir de unos principios filosófico-jurídicos completamente distintos a los que se seguían en el Antiguo Régimen, para vertebrar en un único cuerpo normativo los distintos sectores del ordenamiento jurídico nacional.

La base ideológica del fenómeno codificador que se desarrolló en Europa desde finales del siglo XVIII, fue fundamentalmente el racionalismo jurídico-liberal que sentó las bases de los primeros Estados de Derecho. Por ello, la codificación se entiende como una ruptura frontal con los principios jurídicos del Antiguo Régimen y la principal manifestación jurídica de los nuevos Estados-Nación que se erigieron en la Europa contemporánea.

No obstante esta afirmación, también es cierto que hubo códigos que se promulgaron en la segunda mitad del siglo XVIII, con una aún indefinida técnica legislativa que no les hacía mucho más diferentes de las viejas Recopilaciones de la modernidad. Cabarrús, en su *Carta sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, publicada en Madrid, en 1792, opinaba que se “debe proceder la formación de un código civil y criminal, que debe confiarse enhorabuena a algunos magistrados instruidos (...). Un código arreglado a los verdaderos principios será siempre fácil y obra de poco tiempo”. Reflexiones como ésta, que deben enmarcarse en una corriente iluminista o ilustrada, que defendiendo todavía la capacidad absoluta del soberano para crear la ley, aspiraba simplemente a reformar o dotar de un orden más claro o preciso a los ordenamientos jurídicos de los distintos reinos. Seguía diciendo al respecto Cabarrús “suprímense los tomos enormes dedicados a dirigir a los ciudadanos donde sus intereses sólo basta, los que prohíben lo que a nadie perjudica, los que han consagrado nuestras preocupaciones y nuestras predilecciones necias: veremos entonces lo poco que queda verdaderamente útil o necesario de toda aquella indigesta compilación”.

Frente al farragoso orden jurídico heredado de los siglos anteriores, sustentado en el complejo cuerpo legislativo y doctrinal del *ius commune*, los ilustrados proponían un método más racional, aunque basado todavía en el poder omnímodo del Monarca, del que emanaba en definitiva la capacidad legislativa, para ordenar la legislación existente, dando mayor preeminencia a cada derecho propio o nacional, el *ius proprium*, y en atención, sobre todo, a la nueva clase social burguesa. Sin embargo, esta codificación reformista del ochocientos, era compatible con los principios del absolutismo político, negando así el principio de igualdad jurídica o la unidad del sujeto jurídico, esencial en la codificación contemporánea. Proponían simplemente un nuevo método de ordenación del derecho más claro y racional, frente al obsoleto método de las Recopilaciones.

Frente a la codificación meramente reformista del Despotismo, la codificación que caracterizó el nacimiento de los primeros Estados de Derecho se basaba en unos principios filosóficos y jurídicos completamente nuevos, derivados del pensamiento iusracionalista liberal. Y ante las pretensiones del legislador español, quien a comienzos del siglo XIX, se emperraba en

continuar con los métodos de recopilación jurídica, fuertes y contundentes debían resonar en los oídos de los parlamentarios españoles, aquellas palabras escritas por Martínez Marina al establecer su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, publicado en 1820, y en las que advertía que “los literatos españoles y los jurisconsultos sabios llegaron ya a convencerse que sería obra más fácil y asequible formar un cuerpo legislativo, que corregir los vicios e imperfecciones de los que todavía están en uso y gozan de autoridad. Desde luego reconocen en la Recopilación, el primero, el más importante y necesario, defectos incorregibles por su misma naturaleza: obra inmensa y tan voluminosa, que ella sola acobarda a los profesores más laboriosos: vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas: edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables: hacinamiento de leyes antiguas y modernas, publicadas en diferentes tiempos y por causas y motivos particulares y truncadas de sus originales, que es necesario consultar para comprender el fin y blanco de su publicación”. E insistía unos párrafos más adelante: “un código legislativo que no es una redacción o compilación de providencias, leyes y pragmáticas expedidas en diferentes épocas y siglos, y con diversos motivos, sino obra original y fruto de meditaciones filosóficas”.

Estas concepciones filosóficas sobre las que fundamentar los nuevos códigos contemporáneos, no son otras que las procedentes de las corrientes racionalistas, de las que se nutrieron los hombres de la revolución francesa, a partir de las ideas de Locke, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, entre otros, siguiendo un método empírico o lógico-deductivo, no escolástico o basado en la tópica o lugares comunes, por el cual, haciendo abstracción de toda influencia teológica, la construcción de todo el orden político y jurídico partía de la observación del estado de Naturaleza.

El racionalismo jurídico proponía también la creación de un sistema jurídico universal deducido de la naturaleza humana y aplicable al hombre en abstracto. Es decir, se defendía la existencia de un derecho racional, ideal y completo, que haciendo tabla rasa de los privilegios y las aberraciones jurídicas del pasado, debía ser deducido o construido *ex novo* a partir de la observación de la Naturaleza a través de la razón; una especie de universo jurídico que, una vez materializado por escrito, se convertiría en el Derecho de todos la comunidad.

Así, junto a las Constituciones, códigos políticos dirigidos a constituir el Estado de Derecho, fijando los principios básicos en los que se sustentaba el Pacto Social mediante el reparto y organización de los poderes, a través de su Parte Orgánica, y el establecimiento de los derechos de la comunidad social, a través de su Parte Dogmática; los códigos, divididos racionalmente en ramas según la materia, ya fuera civil, penal, mercantil, o procesal, surgieron como el principal cauce o medio técnico previsto por el racionalismo liberal para la transformación de la razón jurídica universal en ley escrita, es decir, para la positivización del Derecho. Por su propia naturaleza debían ser, en consecuencia, textos generales o universales para todos los hombres que formarían la comunidad política o nación, precisos, claros, coherentes, y completos o sin ninguna laguna jurídica; un mecanismo perfecto para la aplicación del Derecho sin necesidad de recurrir a la interpretación o la arbitrariedad judicial.

Esta función y no otra ha sido magistralmente mostrada en la obra que recensamos, que ha sido el fruto de una sinergia de voluntades y eventos. De un lado, porque sus autores conformaron un proyecto de investigación en torno a “La influencia de la Codificación francesa en la tradición penal española: su concreto alcance en la Parte General de los Códigos decimonónicos” (DER 2012-38469), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y que ha sido la base de la mayor parte de las aportaciones al mismo. En el marco del citado proyecto de investigación, una de las principales reuniones de trabajo fue el congreso realizado en abril de 2016 en Valencia, bajo el título “La Codificación penal española decimonónica: tradición e influencias

extranjeras en la Parte General”; y por otro lado, otra reunión científica en la que se aportaron contribuciones y que tuvo lugar en algunos días del mes de noviembre de 2016, bajo el título de “La influencia del Código Penal (1810) en la Codificación europea y latinoamericana: tradición e influencias extranjeras en el movimiento codificador, y en la que se compararon países como Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Italia y Portugal. Esta obra que recensionamos, además debe considerarse continuadora de otra anterior, también una obra colectiva, que llevaba por título *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, publicada por la misma editorial que esta otra en 2014.

Pero querría entrar a valorar otros dos aspectos, uno ligado a lo dicho más arriba y que me parecen esenciales para conocer el positivo alcance de esta obra sobre la codificación penal española.

El primer elemento que querría poner sobre la mesa es que la codificación penal, frente a la civil que se ocupó de dar estabilidad a las relaciones jurídicas entre particulares, dependió durante toda la Edad Contemporánea europea de los vaivenes en el poder, y de las distintas consideraciones que cada grupo político tenía del delito, el delincuente y la pena, en una búsqueda incesante del mejor sistema jurídico. Hay que tener en cuenta, además, que el derecho penal no contaba con la arraigada tradición del derecho romano privado y, una vez arrasados los principios absolutistas del *ius puniendi* con la Revolución francesa, era una ciencia en construcción. En este sentido, la ciencia jurídico penal, aquella que abogará por la reformulación de la propia esencia de los principales aspectos a ser regulados por el derecho punitivo, así como su lógica codificadora, no surgirá hasta que las principios filosóficos de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Diderot, Marat, Brissot de Warville, Beccaria, o el español Lardizabal, comiencen a formular los nuevos principios del poder de castigar por parte del Estado, un reformulado *ius puniendi estatal*, basado en los principios de legalidad, igualdad, humanidad, proporcionalidad de la pena y utilidad, que se recogieron en los primeros códigos penales decimonónicos.

Todos estos principios y bases filosóficas no son propias y exclusivas de una nación, sino que se expandieron entre los distintos estados como la pólvora, influyéndose unos u otros indistintamente. Lo que se pensó y escribió para el Código penal austríaco de 1803, o el francés de 1810, bien pudo influir en el resto de códigos penales europeos y ultramarinos, como por ejemplo, en el propio español de 1822. Así lo llegó a afirmar Seijas Lozano, jurista y parlamentario que se dejó oír en las sesiones del congreso español, con ocasión de la discusión de los preceptos del código penal de 1848, y es que para este jurista, haciéndose eco de un lugar común, los códigos penales europeos anteriores a los españoles, así como las obras doctrinales vertidas sobre los mismos, también anteriores a las españolas, debían ser objeto de estudio para aprovechar dichas experiencias jurídicas anteriores. De ahí que una de los valores clave de esta obra que recensionamos es que, partiendo de los primeros códigos penales españoles, los autores y autoras que contribuyen al desarrollo de los distintos capítulos, se han preocupado por observar las distintas influencias que han recibido los políticos y juristas españoles encargados de codificar la legislación punitiva, así como la influencia que los códigos españoles han exportado a otros tantos europeos o ultramarinos.

El segundo elemento que quisiera destacar es que cuando el lector abre un código penal contemporáneo le llama la atención que, antes de entrar de lleno en el análisis de los delitos, de forma pormenorizada, y estructurados en función del bien jurídico a proteger, se preocupa por conceptualizar y caracterizar la noción de delito, del delincuente a través de los conceptos de responsabilidad penal, dolo o culpa, de las circunstancias que pueden modificar la responsabilidad del autor del hecho delictivo, de la pena, su tipología, caracterización, clasificación y funcionalidad de la misma, en suma, lo que la doctrina penal clásica ha venido en denominar Parte General del

código penal, abstracta y por ello general para cualquier tipo de delito, para luego entrar en profundidad, y en un título diferenciado, en la Parte Especial, específica y propia de cada actividad delictual.

Pues bien, en este sentido, la obra que recensamos vincula ambos aspectos; por un lado reflexiona sobre las posibles tradiciones e influencias extranjeras que ha podido tener la codificación penal española, así como la contribución que ésta haya podido tener en otros procesos codificaciones de otros países, y todo ello, sólo y exclusivamente en lo que la moderna ciencia penal ha denominado Parte General, con el objetivo de intentar superar algunas de las carencias y simplificaciones que tradicionalmente habían sido admitidas por la doctrina y por la historiografía, sobre la temática del mismo, intentando así proporcionar una nueva visión y abrir nuevas líneas de investigación y comparación jurídica.

La estructura que presenta la obra parte de una introducción, compuesta de tres capítulos, a la que le siguen cuatro secciones, hasta completar los quince capítulos de la obra.

En la Introducción destaca un primer trabajo que pretende contextualizar la obra en sí misma, así como la justificación del proyecto de investigación de la que nace, y en la que se estudia la tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española, con debates tan intensos como la distinción entre codificación y unificación jurídica, o la contribución de la doctrina jurídica a una codificación desnacionalizadora del derecho penal, para poner en solfa el nexo nodal de la obra y del proyecto de la que emana, cual es el alcance de las influencias extranjeras en la parte general de los códigos españoles contemporáneos (I. Masferrer). Le sigue un interesante estudio sobre 25 años de historiografía sobre la codificación penal española, desde 1991 hasta 2015, y en la que trata sobre todos los estudios vertidos sobre la temática, y vehiculándolas código a código, desde el de 1822, pasando por el de 1848 y su reforma en 1850, el de 1870, el carlista de 1875, para cerrar el capítulo con dos referencias a la codificación penal colonial de Cuba, Puerto Rico, Filipinas, Marruecos y Guinea, y el billete de ida y vuelta que supuso la común influencia de España sobre los códigos hispanoamericanos y la de aquellos sobre los españoles (II. Baró Pazos). El tercer capítulo de esta introducción, trata sobre las influencias brasileñas, francesas, italianas y austriacas en el código penal español de 1848. Y aunque el autor, parte de algunos aspectos propios de la parte general, como son las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, autoría y demás posibles participaciones y aplicación de la pena, también analiza, de forma excepcional para la lógica de la obra colectiva, una serie de delitos –propios de la Parte Especial de los códigos-, contra las personas, contra la libertad de los ciudadanos, contra los propiedad y los bienes, contra la seguridad del estado, de los cometidos por empleados públicos, etc. (III. Alvarado Planas).

La primera sección de la obra colectiva, dedicada al delito, a su noción, clasificación y elementos constitutivos, está compuesta de tres capítulos, dedicado el primero a la noción y calificación del delito en la codificación española, comparándola con la francesa y la alemana. Parte el estudio del análisis de la cuestión en la España del Antiguo Régimen, para centrarse en el delito y su clasificación en la código penal francés, después en los códigos españoles, concluyendo con un breve apunte sobre la influencia de la codificación francesa en la penal alemana (IV. Masferrer–Ramos Vázquez). El siguiente capítulo reflexiona sobre la voluntariedad del sujeto criminal en los actos delictivos, en el dolo y en la culpa, en suma, sobre la responsabilidad del delincuente, ciñéndose al pensamiento jurídico francés y su influencia en el legislador español contemporáneo (V. Cobo del Rosal). La última aportación de esta primera sección dedicada del delito y a sus elementos constitutivos, corresponde al estudio de las causas de inculpabilidad, tales como la menor edad, patologías de la conducta y alteraciones mentales, así como otra causas de inculpabilidad, y todo ello en la lógica de la obra colectiva, partiendo de las influencias extranjeras que haya podido recibir en dicha temática la primera codificación penal española (VI. Roperó Carrasco).

La segunda sección dedicada al delito, grados de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad, registra dos relevantes aportaciones, tendentes a teorizar, la primera de ellas, sobre dichas circunstancias modificativas, primero eximentes, luego atenuantes, agravantes y mixtas, en la codificación penal española. Aquí no hay comparación jurídica, ni influencias de ningún tipo, solo un estudio pormenorizado de la temática indicada en todos los códigos penales españoles, desde el de 1822 hasta el de la dictadura del general Franco de 1944. Su estudio, no obstante, incorpora cuadros estadísticos explicativos, así como un cuadro o tabla final, en la que a golpe de vista, se identifican todas las circunstancias anteriormente estudiadas y su tipificación en cada código español (VII. Sánchez-González). La segunda aportación de esta segunda sección se centra en los grados de participación del delito, y al igual que el anterior, sin comparación jurídica alguna, aunque con una breve referencia inicial a los códigos europeos anteriores al español de 1822, centrándose luego en su temática y en los códigos españoles desde 1822 a 1870. Allí estudia la autoría, la complicidad, el encubrimiento, así como otros grados de participación en el delito (VIII. Perona Tomás).

La tercera sección, compuesta también de otras dos aportaciones, se preocupa de la pena, de su configuración y su clasificación. La primera de las aportaciones trata en profundidad la temática de la obra colectiva, partiendo de las influencias extranjeras en la codificación penal española, desde el fundamento mismo de la pena, así como los fines que debe desempeñar ésta, y su análisis y estudio en los códigos de 1822 a 1870, concluyéndose que los códigos penales españoles recogieron las tendencias de otros textos europeos codificados de la llamada Escuela Clásica en donde predomina la concepción utilitarista y retributiva de la pena, con una clara presencia del concepto de prevención general, pero muy escasa o nula la idea de prevención especial, respondiendo por ello a una clara concepción de la culpabilidad o responsabilidad penal por el hecho concreto, aplicándose para ello estrictamente el principio de legalidad penal, rechazando descaradamente cualquier atisbo de arbitrio judicial (IX. Iñesta-Pastor). El segundo de los capítulos de esta sección se dedica a la tradición historiográfica en la clasificación de las penas, partiendo del caso francés de 1810 y reflejándolos luego en los sucesivos códigos españoles, hasta el progresista de 1870, concluyéndose que existen elementos comunes notables entre ambas legislaciones, tanto francesa como española que reflejan en buena medida el legado de ambas tradiciones jurídico penales (X. Iñesta Pastor–Masferrer).

La cuarta y última sección es la más extensa, por cuanto incorpora un total de 5 aportaciones con un común denominador, la pena y su tipología. La primera de ellas se centra exclusivamente en la codificación penal española, y en una de las penas más controvertidas, en cuanto a su mantenimiento por las corrientes iusracionalistas, como fue la pena de muerte, no solamente por la atrocidad de su aplicación, sino y sobre todo por el ceremonial, caracterizado por el autor de espeluznantes, y que se mantuvo sin tapujos por la doctrina de la ilustración, y así se constató en los primeros códigos penales, cuya aplicación se mantuvo, si bien se mitigó y moderó su aplicación (XI. Bádenas Zamora). La temática de las penas pecuniarias la lleva a buen puerto el autor que mejor y más en profundidad ha tratado esta temática a lo largo de su formación investigadora, partiendo de la desaparición de la confiscación de bienes, constitucionalizada en 1812, y su reflejo en los distintos códigos penales, con alguna referencia a las influencias extranjeras recibidas (XII. Pino Abad). De igual manera, una especialista en la temática del derecho penitenciario, y de ahí su competencia en materia de penas privativas de libertad es llevado a buen puerto, haciendo una especial referencia al doctrinarismo humanista, individualista y utilitarista de esta penología, y su reflejo en los distintos códigos penales españoles, sin perder por ello de vista, como la misma autora indica, una especial atención a la influencia francesa recibida (XIII. Ramos Vázquez). La cuarta contribución de esta última sección, trata de las penas infamantes, partiendo de unas interesantes reflexiones sobre la discusión en torno a la existencia o no de dichas penas, partiendo para ello de lo

dispuesto en la Constitución gaditana, elemento común y fuente de influencia en la codificación penal española en esta materia, pero también del contenido del derecho penal codificado en el extranjero, que según el autor, fue muy influyente en el regulado en algunos de nuestros códigos sobre las penas infamantes en cuanto grupo de castigos (XIV. Cañizares Navarro). Un último capítulo cierra esta obra colectiva reconstruyendo el devenir histórico de las penas privativas de derechos, las penas inhabilitantes, partiendo del modelo francés napoleónico de 1810, al que según el autor, el que la penología francesa previera el efecto de inhabilitación para el ejercicio de la función pública como consecuencia jurídico-privada de numerosas penas, es una cosa, y que dicho efecto inhabilitante constituyera la categoría jurídica de pena principal y autónoma, es otra. Tras este análisis se vertebra el estudio del mismo enfoque, y la posible influencia francesa, así como otras extranjeras en los códigos penales españoles del siglo XIX, concluyendo al respecto que, el codificador español, al regular las penas de inhabilitación y suspensión del ejercicio de la función pública, se adhirió mucho más a la propia tradición que a modelos extranjeros. Un último pero muy relevante epígrafe, dentro de este estudio analiza la influencia francesa en la codificación penal alemana, desde el código penal bávaro de 1813, pasando por el penal prusiano de 1851, y el penal alemán de 1871 (XV. Masferrer).

En suma, una monografía de impecable factura y edición, que a buen seguro se va a convertir en un referente en las aulas universitarias para el estudio de la codificación en general, de la codificación penal en particular, y sobre todo para el estudio comparado de las líneas de influencias penales de unos estados a otros, partiendo cómo no, y una vez más, del paradigma francés como transmisor de modelos y categorías jurídicas determinadas.

Miguel Ángel Chamocho Cantudo
Universidad de Jaén