

# ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

*Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*

a cura di ROBERTO BARTOLI e MICHELE PIFFERI



GIUFFRÈ EDITORE

SEBASTIÁN MARTÍN

## MODELOS DE CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA (1822-1944)

1. Introducción: seis códigos, tres modelos. — 2. Modelo liberal. Caracteres generales. — 2.1 Fundamentos: forma-código y derecho natural. — 2.2. Arbitrio del juez. — 2.3. Circunstancias y determinación de la pena. — 2.4. Estructura. — 2.5. Dos principios: voluntad y ley. — 2.6. Política criminal: defensa de la sociedad. — 3. Modelo liberal: declinaciones, críticas, vaciamientos. — 3.1. Declinación conservadora. — 3.2. Declinación progresista. — 3.3. Crisis del modelo liberal y crítica positivista: dos momentos. — 3.4. Vaciamientos. — 3.5. Declinación democrática. — 3.6. Retorno a la declinación conservadora y fuga totalitaria. — 4. El modelo constitucional-ilustrado. — 5. Modelo de la defensa social.

### 1. *Introducción: seis códigos, tres modelos* (1).

La historia de la legislación penal española es tan discontinua como su historia constitucional. Desde el comienzo del constitucionalismo en España, en 1808-1812, hasta su derrumbe con la dictadura del general Franco, se sucedieron seis códigos penales y un dilatado periodo de vigencia de la legislación punitiva tradicional, procedente en buena parte de la Castilla bajomedieval.

El primero de esos códigos, el de 1822, promulgado durante el llamado Trienio Liberal, transfirió a la materia penal algunos de los

---

(1) A efectos de resumir, se adelantan ya las abreviaturas que serán empleadas en el presente trabajo: CP22 (código penal de 1822), CP48 (código penal de 1848), CP50 (código penal de 1850), CP70 (código penal de 1870), CP28 (código penal de 1928), CP32 (código penal de 1932), CP44 (código penal de 1944), CEPC (Centro de Estudios Políticos Constitucionales), ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), RGLJ (Revista General de Legislación y Jurisprudencia), AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español).

principios ilustrados consagrados en la Constitución de Cádiz <sup>(2)</sup> y bebió tanto de la reciente codificación francesa como de algunas instituciones punitivas tradicionales del país <sup>(3)</sup>. Su vigencia fue efímera: los retrasos en su entrada en vigor y la pérdida de toda su fuerza vinculante junto a la del propio sistema constitucional, abolido por las armas de la Santa Alianza en la primavera de 1823, hicieron que se aplicase tan solo unos pocos meses <sup>(4)</sup>. Desde ese mismo momento se restauró lo que Francisco Tomás y Valiente denominó « el derecho penal de la Monarquía absoluta ». Su contenido legal se encontraba, entre otras fuentes, en las *Siete Partidas* del rey Alfonso El Sabio, en residuos forales y en la legislación regia coleccionada en la *Novísima Recopilación*. Entre 1823 y 1848, es decir, hasta prácticamente la mitad del siglo XIX, mientras en España se fundaba el Estado liberal en su división territorial y en sus aparatos administrativos y judiciales, rigió, pues, un derecho penal que tendía a identificar el delito con el pecado, caracterizado por la severidad de sus penas, por el recurso estructural al arbitrio judicial,

---

<sup>(2)</sup> Sobre tales principios, con especial atención al campo procesal-penal, vid. P. ALONSO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPC, 2008. En particular sobre la conexión entre Constitución y código a nivel de axiomas fundadores, I.F. BENÍTEZ, *El principio de legalidad penal en la Constitución de 1812. Su proyección en el Código Penal de 1822*, en M.Á. Chamocho Cantudo, J. Lozano Miralles (eds.), *Sobre un hito jurídico: la Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*, Universidad de Jaén, 2012, pp. 195-210, aunque la comunicación entre ambos órdenes normativos se produjo también en dimensiones poco racionalistas como el confesionalismo católico: A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)*, en « Revista de Derecho penal y Criminología », 9 (2013), pp. 143-172.

<sup>(3)</sup> J.B. CAÑIZARES NAVARRO, *El Código Penal de 1822: sus fuentes inspiradoras, balance historiográfico (desde el siglo XX)*, en « *Glossae*. European Journal of Legal History », 9 (2013), pp. 108-136, quien resta trascendencia al influjo francés más allá de la sistemática codificadora.

<sup>(4)</sup> Se trata de un asunto debatido y bien estudiado: J. ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, « ADPCP », 18 (1965), pp. 263-278; A. FIESTAS LOZANO, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, « Revista de Historia del Derecho », 2/1 (1976-77), pp. 55-77; J.R. CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código Penal de 1822*, « ADPCP », 22 (1979), pp. 333-344; y J.L. BERMEJO CABRERO, *Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822*, « AHDE », 66 (1996), pp. 967-972.

por la falta de motivación de las sentencias y por su organización arcaica, asistemática y casuística <sup>(5)</sup>.

Se sucedieron en ese tramo varios proyectos codificadores de orientación ilustrada moderada <sup>(6)</sup>, pero hasta 1848 no llegaría el primer código penal español de eficacia plena. Su estructura y sus principios permanecerían en vigor durante más de un siglo, pues se transmitieron a los códigos sucesivos, que lo consideraron su modelo de referencia. Aprobado según el método autoritario de la autorización legislativa al ejecutivo, que evitaba una auténtica deliberación parlamentaria en torno a sus preceptos <sup>(7)</sup>, el código, en su decreto de promulgación, quebrantando todavía más el principio de legalidad, permitía al gobierno modificar unilateralmente su articu-

---

<sup>(5)</sup> Un derecho criminal conformado por una legislación severa, « casuística, confusa, cumulativa », que dejaba « excesivo margen al arbitrio judicial » y ajena a todo principio de proporcionalidad: F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* (1992<sup>2</sup>), en ID., *Obras completas*, vol. 1, Madrid, CEPC, 1997, p. 485: Véase también J. BARÓ PAZOS, *El derecho penal español en el vacío entre dos códigos*, « AHDE », 83 (2013), pp. 105-138. Conviene además transcribir el testimonio de una autoridad de época para apreciar la envergadura brutal de esta persistencia jurídica: « Todos los absurdos, todas las crueldades, que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellas, han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente [...] La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas [...] La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales [...] ninguna nueva y más exacta definición del crimen; las mismas o casi las mismas penas que en los siglos medios; y, por complemento, la arbitrariedad, reconocida y ordenada como principio en nuestros tribunales », J.F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado* (1856<sup>2</sup>), tomo I, Madrid, Imp. Manuel Tello, 1870<sup>4</sup>, p. XLV y XLVI.

<sup>(6)</sup> Fueron al menos cuatro proyectos, datados en 1830, 1831, 1834 y 1839, todos estrechamente relacionados, realizados los tres primeros con intervención, mayor o menor, de Pedro Sainz de Andino, y concebido el último de ellos, inicialmente, como reforma del código de 1822, propósito ampliamente incumplido por la comisión encargada de redactarlo: vid. J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 5. Codificación penal*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 173-241.

<sup>(7)</sup> Tampoco se dio previa consulta a corporaciones académicas y especialistas: v. D. del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 75-92; E. ÑESTA PASTOR, *El Código Penal Español de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 112; G. COBO del ROSAL PÉREZ, *Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo XIX a través de la codificación penal*, « AHDE », 81 (2011), pp. 921-972.

lado (8). Esta posibilidad se materializó dos años después, en el contexto de las revoluciones democráticas del '48. Se introdujeron en ese trance reformas dirigidas a la extensión y endurecimiento de las penas, sobre todo en materia de delitos contra la seguridad del Estado y el orden público. La intervención punitiva del Estado se amplió así considerablemente: se acuñaron nuevos tipos como el de « escándalo público » y el de « desacato », se generalizó el castigo de la conspiración y la proposición para delinquir, antes previsto solo en relación a determinados delitos, y se extendió la facultad de fijar penas a los órganos administrativos con sus « ordenanzas » y « mandatos » (9), en una nítida manifestación de autoritarismo penal. Tan relevantes resultaron dichas reformas, que su resultado ha sido considerado, en la historia penal española, como un nuevo código, el de 1850 (10), tercero de nuestra historia legislativa decimonónica.

El código de 1848, reformado en 1850, es el código del Estado liberal, centralista y conservador español. Fundado en las ideas eclécticas de Pellegrino Rossi y Joaquín Francisco Pacheco, y animado en sus preceptos por el principio « retributivo » y por el de « intimidación general » propio de los « sistemas autoritarios » (11), este cuerpo legal, desde un punto de vista político-criminal, se orientó hacia « la defensa cerrada de la oligarquía », lo que hizo caer el peso de su severidad, ante todo, sobre « las clases populares » y « los disidentes políticos y religiosos » (12). Estuvo vigente hasta la Revolución Gloriosa de 1868 y la ulterior instauración de una democracia liberal y progresista, aunque todavía limitada al sufragio

---

(8) « Art. 2º. El Gobierno hará por sí cualquiera reforma, si fuera urgente, dando cuenta á las Córtes tan pronto como fuera posible ».

(9) « Art. 19. No será castigado ningun delito, ni las faltas que solo pueden conocer los Tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de Autoridad á la cual estuviera concedida esta facultad » (CP50).

(10) Sobre su elaboración a través de decretos, sin atender a recomendaciones judiciales, o por novación gubernamental directa al momento de su publicación, así como sobre sus principales y regresivas aportaciones: vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España*, cit., pp. 287-302 y 332-334. .

(11) J. ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, « ADPCP », 18 (1965), pp. 473-496, p. 491.

(12) IÑESTA PASTOR, *El Código Penal Español de 1848*, cit., pp. 252-290.

masculino y con una percepción de los derechos más restringida de lo que se anunciaba en sus comienzos <sup>(13)</sup>.

Fue durante el nuevo periodo recién inaugurado, el llamado Sexenio Democrático (1868-1873), y bajo el Ministerio de Justicia de Eugenio Montero Ríos, cuando se promulgaron las leyes penales fundamentales para lo que restaba del Ochocientos y para nada menos que los primeros ochenta años del siglo XX: la ley provisional sobre organización del poder judicial (15-IX-1870), el código penal de ese mismo año y la ley provisional de enjuiciamiento criminal de 1872. Realizado también según la técnica centralista de la autorización, aunque con mayor margen para la discusión parlamentaria en materias políticamente sensibles, este nuevo código intentó adecuar la disciplina penal a las exigencias liberales y democráticas planteadas en la Constitución de 1869 y procuró, en consecuencia, « humanizar » los aspectos más duros y polémicos del cuerpo normativo de 1850, sin perder por ello toda dosis de severidad <sup>(14)</sup>. De hecho, algunas de las críticas, paradójicamente formuladas por la oposición conservadora, subrayaban lo escasamente liberal que resultaba el nuevo código en su disciplina de los delitos relacionados con el ejercicio de los derechos individuales y políticos <sup>(15)</sup>.

El código de 1870 fue objeto de reformas puntuales que eliminaron algunas de sus previsiones más liberales, como las relativas al orden religioso, con el fin de encajar su articulado en la Constitución, confesional y liberal-conservadora, de 1876. También experimentó ciertas revisiones que trataron de adecuar su articulado a los avances de la ciencia penitenciaria, más humanista y progresiva <sup>(16)</sup>. Y contó, en fin, con numerosas tentativas de reforma completa, ninguna de las cuales llegó a fructificar <sup>(17)</sup>. 1848, 1850 y 1870, tales

---

<sup>(13)</sup> C. SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, CEPC, 2005.

<sup>(14)</sup> J. ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1870*, « ADPCP », 23 (1970), pp. 229-252.

<sup>(15)</sup> R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969, pp. 22-26.

<sup>(16)</sup> Para ambos casos, vid. LASSO GAITE, *Codificación penal*, cit., pp. 493-631.

<sup>(17)</sup> Junto al texto de referencia citado en nota anterior, puede también verse, para los proyectos finiseculares, J. ANTÓN ONECA, *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, « ADPCP », 25 (1972), pp. 249-288.

son, pues, los hitos fundamentales de la codificación penal decimonónica en la España liberal. Los dos códigos sucesivos que habrán de interesarnos, el de 1932, promulgado a comienzos de la II República, y el de 1944, sancionado en los primeros años del franquismo, fueron, en rigor, reformas del código de 1870. Sus respectivas estructuras, la distribución de contenidos, su economía interna, eran idénticas, aunque en cada uno de los casos se acentuaron aspectos políticos de principio acordes con los diversos, y frontalmente opuestos, regímenes en vigor. De este modo, tras 1870, solo un código se colocaría fuera de estas concepciones: el de 1928, el cuerpo de derecho penal, con aspiraciones de científicismo, aprobado bajo la dictadura de Miguel Primo de Rivera.

Queda así delimitado el campo documental a explorar en nuestro análisis: los códigos de 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932 y 1944. Tendremos también que examinar algunas leyes especiales, sobre todo en materia de peligrosidad social y de delincuencia política, que tuvieron su propia disciplina del delito, con una concepción particular de sus circunstancias agravantes y atenuantes.

Nuestro asunto es precisamente ese: el de las circunstancias del delito. Esta cadena de códigos, en apariencia irregular, contemplada a través del hilo conductor que habremos de rastrear, no arroja, sin embargo, una imagen de discontinuidad y heterogeneidad en lo que respecta a la noción de las circunstancias. Antes al contrario, tras esta concatenación de códigos subyace una clara continuidad en lo que se refiere a la concepción y organización de las circunstancias del delito. Por este motivo, la aparente complejidad normativa de los códigos sucesivos puede reducirse, para nuestro objeto, a varios tipos ideales. Para construir estos tipos, se precisan algunos principios hermenéuticos; a mi juicio, cabe identificar dichas claves de lectura con unos pocos elementos: la concepción de la forma-código dominante en la cultura jurídica coetánea, la relación con el *arbitrium* de los magistrados, la importancia de los objetivos de política criminal. Mi hipótesis es que, según la distribución y la proporcionalidad respectiva entre estos factores se pueden distinguir, al menos, tres modelos diferentes en la regulación de las circunstancias del delito.

El primero de ellos, que denominaré *constitucional-ilustrado*, se encuentra en la codificación penal del primer constitucionalismo

español. El segundo, al que llamaré modelo *liberal*, es el más relevante y duradero, pues se halla inscrito en los códigos de 1848-50, 1870 y sus sucesivas reformas. El tercer modelo, que identificaremos como el de la *defensa social*, se encuentra en el cuerpo punitivo de 1928.

A su vez, el segundo modelo, el liberal, conoció diversas declinaciones. Todas compartían los elementos estructurales, pero ponían un énfasis especial o interpretaban de forma singular alguno de sus factores particulares. Así, podemos identificar una primera declinación conservadora, que recorre las décadas centrales del siglo XIX, seguida de otra más progresista, propia del código de 1870, a la que siguió, ya en el siglo XX, una declinación democrática bajo la II República, que fue rápidamente cancelada por la guerra y la ulterior dictadura que, con perfiles propios, rescataron los acentos más autoritarios, añadiendo incluso algún punto de fuga de índole estrictamente totalitaria. Se observa, pues, que las diferentes declinaciones se hallan en función de los sistemas políticos en vigor, evidencia que nos conduce a inscribir nuestro objeto, el de la exposición de los modelos de circunstancias del delito, en la más general historia político-constitucional de España.

Siendo el modelo liberal, con sus declinaciones citadas, el más decisivo, por su centralidad y duración, en la experiencia española, por él comenzaremos y a él dedicaremos la mayor parte del presente escrito. Reservaremos el apartado final para algunas consideraciones referidas a los otros dos modelos aludidos, el constitucional-ilustrado y el de la defensa social.

## 2. *Modelo liberal. Caracteres generales.*

### 2.1. *Fundamentos: forma-código y derecho natural.*

En el modelo liberal, las circunstancias del delito se justificaban por la insuficiencia de la forma legal del código. Promulgado a mitad de siglo, las carencias de la utopía codificadora ya resultaban bien reconocidas. El código debía, sí, acuñar los tipos penales, pero tenía también que introducir las circunstancias para conciliar la rigidez de las fórmulas abstractas con el particularismo inagotable de los hechos. En 1848, ya no era posible proponer una ecuación exacta entre in-



fracción y pena, eliminando por completo la intervención del juez en la determinación de la pena a la luz de los hechos acontecidos.

Por otra parte, la importancia de la legislación criminal medieval, su vivísimo recuerdo en 1848, la aplicación persistente de la legislación premoderna en el derecho penal <sup>(18)</sup> y en el civil y su presencia en la enseñanza del derecho y en la formación de los abogados y jueces <sup>(19)</sup>, hacía derivar el sentido mismo de las circunstancias del propio derecho natural y del histórico. Sus fundamentos no radicaban en razones de técnica legislativa, ni en criterios racionalistas de proporcionalidad, sino en motivos iusnaturalistas presentes ya en las leyes romanas y, sobre todo, en el derecho propio de la Corona de Castilla. En efecto, para Joaquín Francisco Pacheco, el principal comentarista del código de 1848, la razón última de las circunstancias residía en motivos éticos, jurídico-naturales, ya declarados en los viejos cuerpos legales romanos y castellanos, de los que los códigos modernos, a estos efectos, eran puros legatarios <sup>(20)</sup>.

## 2.2. *Arbitrio del juez.*

Esta persistencia de la legislación tradicional en España, la paralela transición sin ruptura constituyente desde la vieja monarquía al Estado liberal, explican también por qué el arbitrio del juez no fue visto como un peligro en la misma medida que, por ejemplo, en la experiencia constitucional francesa. El derecho penal codificado no pretendía ser un derecho contrario, en términos absolutos,

---

<sup>(18)</sup> Un utilísimo fresco de estas prácticas reaccionarias, extra-código y poco garantistas en la praxis procesal penal se encuentra en J. VALLEJO, *Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico*, en M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 325-360.

<sup>(19)</sup> Tan grávido en consecuencias era para la mentalidad jurídica española esta continuidad tradicional que el derecho era concebido en sus fundamentos como historia: S. MARTÍN, *La modernización del discurso jurídico en la Universidad Central durante la Segunda República*, en E. González Calleja, Á. Ribagorda (eds.), *La Universidad Central durante la Segunda República. Las ciencias humanas y sociales y la vida universitaria (1931-1939)*, Madrid, Dykinson - Universidad Carlos III, 2013, pp. 169-213, « Antecedentes: el paradigma jurídico de la España isabelina o el derecho como historia (1845-1870) ».

<sup>(20)</sup> PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, cit., pp. 183-185.

a la prudente discrecionalidad del magistrado. Las circunstancias, por el contrario, fueron concebidas desde el comienzo como una indispensable prerrogativa concedida al juez. Solo de este modo podría atemperar la rigidez de la ley penal y dictar sentencias justas.

A esta razón de corte tradicionalista, se sumaba otra, de índole administrativa, que también llevaba a no temer especialmente los desafueros del arbitrio judicial: el hecho de que el poder judicial se estructurase como dependencia del poder ejecutivo, como « Administración de Justicia », según lo denominaba el título correspondiente de la Constitución doctrinaria de 1845, suponía, como tendremos oportunidad de insistir, una falta de independencia y una capacidad gubernamental de fiscalización y control tales que casi toda posibilidad de heterodoxia jurisdiccional quedaba conjurada de partida. Así, tanto por las persistencias normativas y jurisdiccionales del antiguo régimen como por las peculiaridades centralistas del Estado liberal, el arbitrio judicial, contra lo que superficialmente pudiera pensarse, no era un factor rechazado de plano en el modelo penal predominante de la España decimonónica. Por el contrario, ocupaba una posición central aun en el contexto de un derecho codificado, y su importancia se apreciaba en la justificación de la razón de ser de las circunstancias.

El valor especial que el legislador penal español atribuyó a la elección del juez puede comprobarse, de hecho, en una de las trazas más destacadas de este modelo liberal de las circunstancias: la cláusula abierta, situada al final del elenco de las atenuantes, pero también de las agravantes, que permitía al juez aplicar una circunstancia análoga, de entidad equivalente, no prevista explícitamente por la ley <sup>(21)</sup>. La creación judicial de nuevas circunstancias suponía una excepción clamorosa al principio de legalidad, que, junto a otras, como la citada posibilidad de reformar el código de 1848 mediante decreto gubernamental o la también mentada capacidad de fijar penas por simples mandatos u ordenanzas administrativas, ilustran cómo este modelo se hallaba lejos de los ideales ilustrados de taxatividad y limitación rigurosa del arbitrio de los jueces.

---

(21) El CP48 y el CP50, pero también el CP70, hablaban, para atenuantes y agravantes, de « cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores » (art. 9.8 y 10.23, respectivamente).

A esta apertura general al arbitrio judicial por la vía de la analogía debe agregarse otra, de carácter especial, para la minoría de edad, cuando el menor delincuente tuviese más de nueve, pero menos de quince años. En estos casos, era el tribunal el encargado de adjudicar a dicha circunstancia el valor de eximente o de mera atenuante, determinando expresamente si el menor había obrado, o no, « con discernimiento ». En caso afirmativo, podía imponerse una « pena discrecional », aunque debía ser siempre « inferior en dos grados por lo menos » a la fijada por la ley, según dictaba la regla para la aplicación de penas vigente para esta circunstancia en los códigos de 1848 y 1850 (art. 72). Y en caso negativo, el código de 1870 (art. 8.3<sup>a</sup>) ordenaría su entrega a la familia « con encargo de vigilarlo y educarlo », o, en su defecto, su encierro por tiempo indeterminado en « un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados ».

### 2.3. *Circunstancias y determinación de la pena.*

Esta destacada apertura a la intervención de los jueces no era, sin embargo, plena. El núcleo del modelo punitivo liberal estribaba, en efecto, en el vínculo entre las circunstancias y la concreción de la pena. Es en esta tensión entre la discrecionalidad del juez en la valoración de los hechos y las consecuencias previstas por la ley para su apreciación donde se resuelve el modelo liberal de las circunstancias. Es cierto, pues, que el sistema español de clasificación de las agravantes o las atenuantes, aunque realizado de forma taxativa, concedía al juez el poder de identificar una nueva, análoga circunstancia, pero los efectos penales de todas ellas venían, con mayor o menor margen de disposición discrecional, determinados objetivamente por la ley penal.

La discrecionalidad valorativa del juez se encontraba entonces encerrada en un marco legal que, dicho en términos simplificadores, jerarquizaba varios tipos de pena en función de su respectiva gravedad, y después distinguía entre varios grados (o entre varios periodos) dentro de cada una de ellas en función de su respectiva clase, duración o cuantía. La sistemática legal de las circunstancias daba así lugar a una suerte de « aritmética penal », también denominada « dosime-

tría » (22), del que se desprende con claridad que las circunstancias desempeñaban un papel de garantía de proporcionalidad. Podría, por consiguiente, afirmarse que este modelo de circunstancias permitía al juez identificar y precisar los delitos por los elementos objetivos y subjetivos que habían concurrido en su comisión, pero, salvo excepciones, no le autorizaba a individualizar la pena en función del delincuente, sino solo a elegir la expresamente asignada por la ley para el delito cometido y a determinar su duración dentro de la horquilla fijada de antemano por la norma penal. Con todo, según veremos cuando examinemos las diferentes declinaciones de este modelo liberal, incluso en las llamadas « reglas para la aplicación de las penas en atención a las circunstancias » podía tener mayor o menor cabida la discrecionalidad judicial según el código de que tratemos.

#### 2.4. *Estructura.*

Las circunstancias del delito en el modelo liberal se clasificaban basándose en el principio de la responsabilidad del autor. Existían, por tanto, tres tipos: a) las que mostraban que no existía responsabilidad en absoluto y el hecho delictivo no era, pues, imputable a su autor, esto es, las llamadas « eximentes »; b) las que mostraban un grado menor de responsabilidad criminal y servían, por tanto, para disminuir la duración o rigor de la pena, esto es, las circunstancias « atenuantes »; y c) las que, exhibiendo un nivel más elevado de responsabilidad delictiva, agravaban la consecuencia punitiva del delito, es decir, las denominadas « agravantes ».

Téngase presente que las circunstancias eximentes pronto serían concebidas por la doctrina como elementos ajenos a la sistemática de las circunstancias estrictamente consideradas, estimándose, por un lado, como causas de inimputabilidad, por falta completa de voluntad, o bien, por otro lado, como causas de justificación, por hallarse la comisión del delito justificada en razón de los hechos o de las previsiones legales. De cualquier forma, todos los códigos que nos interesan dentro del modelo liberal continuaron ordenando las circunstancias en los tres bloques mencionados (eximentes, atenuantes,

---

(22) M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid - Facultad de Derecho, 1982, p. 43.

agravantes). Solo el de 1928, al que volveremos al concluir el texto, llevó a la letra de la ley la distinción doctrinal entre « causas de inimputabilidad » y « causas de justificación » como diferenciadas de las circunstancias propiamente dichas. Ahora bien, la doctrina penal, ya desde finales del siglo XIX, indicaría la impropiedad de tratar de circunstancias de un delito cuando, en rigor, no se había producido tal delito, bien porque el aparente hecho criminal no fuese más que « el cumplimiento del Derecho mismo », como acontecía en las « causas de justificación », o bien porque hubiese faltado todo atisbo de acción voluntaria, lo que convertía « el crimen en desgracia », como ocurría en los llamados « estados de inimputabilidad » (23).

En definitiva, en el campo de la cultura jurídico-penal, ya desde estas fechas las circunstancias quedarían reducidas a las dos archiconocidas, las atenuantes y las agravantes. La disciplina codificada del modelo liberal, sin embargo, no recogería esta aportación doctrinal, aunque sí la novedad, desde el código de 1870, de las llamadas « circunstancias mixtas », como la del parentesco, cuyo carácter agravante o atenuante debía ser decidido por los jueces en atención al caso concreto.

### 2.5. *Dos principios: voluntad y ley.*

Aunque el sistema liberal de las circunstancias fuese casuístico, toda su arquitectura se alzaba sobre dos principios fundamentales: uno, la voluntad; otro, la ley, pero no considerada en términos generales, sino en calidad de instrumento de reconocimiento y validez de los derechos y deberes del ciudadano. Obsérvese, además, que la importancia medular de estos dos axiomas también explica la diferenciación interna de las eximentes entre los estados de inimputabilidad y las causas de justificación, afectando los primeros a la voluntad y las segundas al orden jurídico objetivo.

La voluntad era un elemento central del delito en su acepción liberal; según su definición legal más difundida el delito era, en efecto, la infracción voluntaria de la ley penal por « acción u

---

(23) L. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, I, Madrid, Ricardo Fé, 1903<sup>2</sup>, p. 133 y 165.

omisión » (24). Además, por mandato expreso del legislador, la voluntad había siempre de presumirse. Este factor volitivo explica numerosas circunstancias eximentes y atenuantes: la « locura o demencia », la minoría de edad, la fuerza mayor, el miedo insuperable, el estado de necesidad, la embriaguez, la obcecación, el arrebato, la provocación o la venganza, pues en todos estos casos se daba la presunción de que había intervenido un elemento externo que había incidido sobre la voluntad libre del autor, desviándola. Nos hallamos, pues, ante actos involuntarios, inconscientes, sin discernimiento suficiente entre el bien y el mal, desprovistos de libre elección por parte del transgresor de la ley penal y reveladores, por tanto, de una falta absoluta de responsabilidad criminal o de un grado de responsabilidad menor en la comisión del delito.

Pero este elemento de la voluntad figura también en las circunstancias agravantes: la alevosía, el ensañamiento, la premeditación, la utilización de medios nocivos, el aumento deliberado del mal causado, hasta el abuso de superioridad, se identifican todos con una voluntad cualificada, distinguida por su afán especial de infligir un daño o causar un mal añadido a la víctima.

En este sentido, las circunstancias eran consecuencia de la noción moderna e individualista de la voluntad, en vigor todavía a día de hoy. Su base antropológica era evidente: el modelo negativo era el sujeto autodeterminado y consciente, poseedor de un mundo interior autónomo respecto de la naturaleza, guiado por su compromiso con virtudes específicamente mundanas como la moderación y la prudencia, y movido en sus acciones por la consideración igualitaria de sus semejantes (25). Desde este punto de vista, las circunstancias constituirían los accidentes de esta voluntad, sus excepciones, plenas o relativas, debidas a deficiencias intelectuales o a las pasiones del corazón.

Los derechos y deberes amparados por la ley suministraban el fundamento de otra buena parte de las circunstancias. En el caso de

---

(24) El CP70 y sucesivos lo conjugarían en plural: « las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley ».

(25) Se trataba de una concepción de la subjetividad que iba mucho más allá de las meras doctrinas filosóficas: C. TAYLOR, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna* (1989), Barcelona, Paidós, 1996, pp. 303-321.

las eximentes estaba claro: la legítima defensa, la obediencia debida al superior, el delito cometido en el legítimo ejercicio de un derecho. En las atenuantes, vengarse de una ofensa respondía también a la lógica de los derechos, concretamente a un residuo de su autotutela privada. Y hasta ciertas agravantes se asentaban en este fundamento: respecto a los derechos, por ejemplo, aquellas que tenían que ver con el daño a la propiedad, y respecto a los deberes, la circunstancia de valerse de la función pública o en la de ofensa a la autoridad.

Como resulta noto, la noción predominante de los derechos y deberes en el sistema estatal liberal era de carácter legalista y estatalista <sup>(26)</sup>. No existían derechos ni deberes naturales que pudiesen eximir de toda responsabilidad en la comisión de un delito; solo aquellos reconocidos por la ley podían justificar o cualificar la acción criminosa. Los derechos, mencionados en las constituciones o arraigados en las costumbres sociales, eran los propios de la tradición ilustrada: la vida, la libertad, la propiedad privada y, en último lugar, pero no por eso menos importante, el honor. De este modo, una penetración excesiva en la esfera del individuo autónomo y propietario, descrita por este conjunto de derechos, activaba el mecanismo de las circunstancias, legitimando la reacción defensiva de la víctima o cualificando la acción invasiva del delincuente.

Los deberes respondían todavía a los propios de una sociedad dividida en la esfera doméstica y la esfera pública. Esta división es importante a nuestros efectos porque la noción de la familia como espacio extrajurídico, colocado bajo la autoridad privada y discrecional del padre, quien se encargaba de vigilar y tutelar su integridad, inspiraba el perímetro de actuación de algunas circunstancias; por ejemplo, los casos de la legítima defensa o la venganza, eximente la primera, atenuante la segunda, derivaban del ámbito familiar y en la representación doctrinal de las mismas era normalmente el padre quien debía defender o vengar el honor de la familia frente a las agresiones y las ofensas. Aunque la sociedad liberal fuese, en teoría, una sociedad de iguales, la defensa de los derechos ajenos era menos intensa cuando no mediaban vínculos de consanguinidad.

---

<sup>(26)</sup> Corresponde a Maurizio Fioravanti el mérito de haber roto el encantamiento individualista en la contemplación del sistema jurídico-político liberal: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), Madrid, Trotta, 2007<sup>5</sup>, pp. 98-111.

## 2.6. *Política criminal: defensa de la sociedad.*

No todas las circunstancias del modelo liberal derivaban de la lógica de la voluntad y de los derechos y deberes fundados en la ley. En los códigos liberales puede asimismo identificarse otro hilo conductor en la disciplina de las circunstancias: el objetivo político-criminal de la defensa social frente al sujeto peligroso. « La sociedad no tiene solo el derecho de castigar crímenes; [...] con él tiene la obligación de prevenir en lo posible las desgracias », se afirmaba ya con claridad a mediados del siglo XIX <sup>(27)</sup>. Esta dimensión preventiva explica, en efecto, las referencias subjetivas que se encontraban en algunas circunstancias y en las reglas para la aplicación de las penas, cuando en ellas se hacía referencia a « la disposición moral del delincuente » o a las « facultades del culpable » como factores a tener en cuenta por el juez (arts. 69 y 75, CP48 y CP50). Si bien su espacio preferente venía dado por las agravantes, también aparecía en el terreno de las atenuantes: resulta evidente en el caso del trastorno mental, pero también cuando la circunstancia del parentesco servía para disminuir la pena y, sobre todo, en la atenuante por arrepentimiento o la de la confesión voluntaria, excluida de los códigos de 1848, 1850 y 1870, pero reincorporada en el de 1932.

De todos modos, como se ha indicado, su expresión más clara se encontraba en sede de agravantes. Algunas obedecían a la finalidad de la prevención social frente al sujeto que, con sus acciones, rompía la razonable expectativa social de una conducta guiada por la buena fe y por la proporcionalidad: el delito cometido con nocturnidad, el abuso de confianza, la simulación, el fraude o la comisión del hecho criminoso en situación catastrófica son claros ejemplos de ello.

Las dos circunstancias agravantes de contenido subjetivo por excelencia eran, cómo no, la reiteración y la reincidencia. La primera de ellas se entendió en un comienzo que concurría cuando mediaba castigo anterior por haber cometido « delito al que la ley » señalara « igual o mayor pena » (art. 10.17<sup>a</sup>, CP48 y CP50). Con posterioridad, en el código de 1870, aunque se añadía también el caso de la comisión de « dos o mas delitos » con pena inferior, se dejó toda la circunstancia a la « consideración [de] los Tribunales, según las

---

(27) PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, cit., p. 137.



circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito » (art. 10.17<sup>a</sup>, CP70). En el caso de la reincidencia, si los primeros códigos liberales hablaban de la comisión anterior de un delito « de la misma especie », el de 1870, legalizando la jurisprudencia predominante, precisaría la definición aludiendo a la condena definitiva por otro delito « comprendido en el mismo título » del cuerpo legal (art. 10.18<sup>a</sup>, CP70).

Por último, conviene advertir que cuando las circunstancias se teñían de subjetividad daban acceso a las pocas medidas de seguridad previstas por los códigos liberales, como ocurría con el encierro del enfermo mental o del menor de edad, previsto por la ley penal como retiro doméstico, bajo custodia paterna, o en otros casos, en establecimientos especiales instituidos al efecto. Según recordaba Joaquín Francisco Pacheco, se trataba de medidas que ya aplicaban los tribunales en uso de su arbitrio desde tiempos anteriores al código, con lo que se asistía a su consagración legal <sup>(28)</sup>. En sintonía con esta dinámica incipiente que conectaba la peligrosidad del delincuente con la imposición de medidas de seguridad, se introducían además excepcionales facultades de individualización judicial de la medida, pues la reclusión del « loco o demente » solo podía finalizar « previa autorización del mismo Tribunal » (art. 8.1<sup>a</sup>, CP48 y CP50) y era éste el que podía decidir, en caso de infracciones leves, si entregarlo a su familia en lugar de enviarlo al hospital para enfermos mentales (art. 8.1<sup>a</sup>, CP70).

En definitiva, todo el inventario de las circunstancias podía ser reconducido a estos principios de la voluntad, de los derechos y deberes establecidos por la ley estatal, y al objetivo de la defensa social frente al sujeto peligroso, ya presente en el sistema penal decimonónico.

### 3. *Modelo liberal: declinaciones, críticas, vaciamientos.*

El tipo ideal de circunstancias que acabamos de abocetar apenas se alteró durante más de un siglo. Experimentó, es cierto, una evolución interna, debida al desarrollo tecnológico y científico y a la

---

<sup>(28)</sup> Ivi, p. 138.

transformación de las costumbres. El avance técnico hizo mencionar nuevos medios para cometer delitos cuya utilización revelaba una voluntad de delinquir con especial riesgo para bienes jurídicos protegidos. La circunstancia de la publicidad se convirtió, con los nuevos medios de difusión, en una de las más polémicas y relevantes. Las expansivas ciencias psicológicas, psiquiátricas y antropológicas, pero también la modificación de los hábitos y sensibilidades, perfeccionaría la circunstancia tradicionalmente llamada de « locura y demencia » y la de la minoría de edad. En el primer caso, en el código de la II República ya comenzó a hablarse de « enajenación » y de « trastorno mental transitorio » (art. 8.1<sup>a</sup>, CP32). Y en lo que hace a la evolución de la minoridad, este mismo cuerpo legal elevó la exención de responsabilidad en todo caso a los dieciséis años, remitiéndose para los menores de esa edad que hubiesen infringido la ley penal a los « Tribunales Tutelares de Menores » (art. 8.2<sup>a</sup>, CP32). Se recogía con ello toda la especialización que la materia había experimentado en el curso del primer tercio del siglo XX, con la constitución de una jurisdicción autónoma dedicada a la delincuencia juvenil, caracterizada por un mayor grado de discrecionalidad en la valoración del hecho y del sujeto, y en la individualización de la medida de seguridad correspondiente <sup>(29)</sup>.

Sin perjuicio de la importancia historiográfica de estas cuestiones, lo que interesa a nuestros efectos no es tanto esta evolución interna de la disciplina y contenidos de las circunstancias en el universo penal liberal cuanto sus diversas declinaciones entre los siglos XIX y XX. Para localizar dichas declinaciones tendremos que servirnos de los elementos constitutivos del modelo liberal de circunstancias, expuestos en el anterior epígrafe. La diversa proporción entre los mismos, su jerarquización interna o la postergación de alguno de ellos nos revelarán la existencia de lecturas y aplicaciones variadas del tipo examinado. En este sentido, creo que pueden distinguirse al menos tres versiones del modelo liberal de circuns-

---

<sup>(29)</sup> Para textos coetáneo de referencia: E. DE BENITO, *Delincuencia precoz*, Madrid, Eduardo Arias, 1908; E. CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, Madrid, Victoriano Suárez, 1917. Una presentación sintética actual en M. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Tribunales para niños. Creación y desarrollo*, « Historia de la educación », 18 (1999), pp. 111-125.

tancias del delito: una conservadora, otra progresista y una tercera democrática. Las expondremos por orden cronológico.

### 3.1. *Declinación conservadora.*

Característica de los años centrales del Ochocientos, pero también de los primeros años del franquismo, esta declinación contaba con varios rasgos genuinos. Era, contra lo que tradicionalmente se ha sostenido, muy flexible con el arbitrio del juez, dentro, claro, de la lógica codificadora. Como se ha sugerido, esta apertura a la discrecionalidad judicial no se explica solo por la persistente influencia de la legislación tradicional, sino también por el peculiar proceso de institucionalización del poder judicial en el Estado liberal español: un poder sin independencia, concebido como ramo de la administración pública, y sometido, por tanto, al poder ejecutivo <sup>(30)</sup>. No había, pues, motivos para creer que la discrecionalidad de los jueces, ya limitada por la ley en la fase de la selección y determinación de la pena, comportase un riesgo político-criminal de envergadura, pues el gobierno contaba además con mecanismos disciplinarios para evitarlo, algunos de ellos insertos en la propia codificación penal y que vigilaban la condición moral, política o religiosa de la propia persona del magistrado <sup>(31)</sup>.

El peso especial concedido al arbitrio judicial en esta acepción conservadora se apreciaba en algunas cuestiones puntuales referidas a las reglas de determinación de la pena. Ya se mencionó el caso de la « pena discrecional » impuesta al menor de quince, y mayor de dieciocho años, que hubiese obrado, según pronunciamiento expreso del tribunal, con discernimiento. En el caso de las eximentes incompletas también se dejaba al arbitrio de los jueces la elección del grado concreto de pena (art. 73, CP48). Y cuando la infracción acarrase como consecuencia una multa, se permitía a los tribunales « recorrer toda la extensión en que la ley les permite imponerla »,

---

<sup>(30)</sup> Vid. M. LORENTE SARIÑENA, *Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868*, y M<sup>a</sup> J. SOLLA, *Justicia bajo Administración (1834-1868)*, ambos en M. Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*, cit., pp. 243-287 y 289-324, respectivamente.

<sup>(31)</sup> M<sup>a</sup> J. SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011, especialmente pp. 337 ss.

ponderando para su fijación, no solo las circunstancias tasadas en el código, « sino principalmente el caudal o facultades del culpable » (art. 75, CP48). A este respecto, la huella garantista y liberal en esta lectura conservadora se encontraba en la interdicción de « imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo » cualquiera que fuese « el número y entidad de las circunstancias agravantes » (art. 74.6<sup>a</sup>, CP48 y CP50).

Si entre 1840 y 1860 los gobiernos contaban con los resortes necesarios para construir una judicatura políticamente afecta, de la que no se pronosticaba ningún uso heterodoxo de sus poderes interpretativos y de disposición del derecho, cuando la declinación conservadora, tras la guerra civil, tornó, los motivos de sospecha hacia el arbitrio judicial se volvieron prácticamente inexistentes. Había mediado una completa depuración del cuerpo de magistrados, que garantizaba su inquebrantable afección a los valores básicos de la dictadura <sup>(32)</sup>, y los criterios selectivos que comenzaron entonces a operar, con efectos laterales como la militarización de la carrera judicial, profundizaron en ese sometimiento del juez a los designios del gobierno <sup>(33)</sup>. Aunque en la imagen convencional de la dictadura franquista el régimen pase por legalista y protocolario, con semejante subordinación del aparato judicial continuaba siendo coherente en el código de 1944 conceder a los magistrados la facultad de identificar circunstancias no contempladas expresamente por la ley, por no hablar de las extensas facultades de arbitrio concedidas por las leyes especiales de las que trataremos al final del epígrafe.

Por otro lado, debe recordarse que la intervención del juez en la valoración de las circunstancias se concebía en esta acepción conservadora no solo como un instrumento para llegar a sentencias equitativas, atemperando la rigidez abstracta de la fórmula legal, sino también como un recurso político-criminal que garantizaba la punición del culpable, y no tanto un medio de apreciación destinado a impedir la condena del inocente. Si la interpretación convencional

---

<sup>(32)</sup> F. FERNÁNDEZ-CREHUET, *Jueces bajo el franquismo*, Granada, Comares, 2011.

<sup>(33)</sup> M. LANERO TÁBOAS, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 140-143 y 261-264.

ha insistido en que la codificación penal de los años '40 quiso fulminar el arbitrio judicial para acabar con su consueta indulgencia <sup>(34)</sup>, la regulación de las circunstancias y su interpretación doctrinal dejan ver, en contraste, que la capacidad integradora de los jueces resultaba central (a diferencia, por ejemplo, de lo que sucedía con el código francés de 1791) y el margen de discrecionalidad cedido a su interpretación obedecía a razones de eficacia punitiva.

En esta declinación, el delito entendido como acción voluntaria venía descodificado a través de la categoría teológica del libre albedrío. La teoría de la acción en el campo penal que le servía de base doctrinal no se había secularizado todavía <sup>(35)</sup>. Por eso las circunstancias atenuantes y las eximentes que tenían que ver con el principio de la voluntad eran objeto de interpretación restrictiva, pues la voluntad se presumía, mientras que las que tenían que ver con el ejercicio de un derecho o la observancia de un deber eran objeto de interpretación extensiva, figurando, entre los derechos que justificaban la acción criminal o modificaban la responsabilidad del agente, sobre todo, la propiedad y el honor, dos centros neurálgicos de la sociabilidad liberal-conservadora.

La acepción que repasamos también se distinguía por las instituciones especialmente protegidas. Ya hemos indicado que una de ellas era la familia. En numerosas circunstancias se aprecia el propósito central de proteger la unidad familiar frente a las agresiones y las ofensas. Su timbre propio, con todo, se revelaba con la protección cualificada de la iglesia a través de la agravante de profanación o sacrilegio, agravante interpretada, bajo el constitucionalismo doctrinario y el franquismo, ambos sistemas políticos confesionales, como delitos cometidos en los templos católicos.

Por último, debe apuntarse que muy pocos cambios se experimentaron en el elenco estricto de circunstancias entre los códigos de 1848 y 1850, ambos núcleo central de esta acepción conservadora; ahora bien, como apuntase en su momento José Antón Oneca, la minúscula alteración introducida en la definición de la alevosía implicó un considerable aumento de la represión: así, mientras que

---

<sup>(34)</sup> A. ONECA, *El Código penal de 1848*, cit., p. 490, en opinión que sentó doctrina.

<sup>(35)</sup> Trato el particular en *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)*, «Quaderni Fiorentini», 36 (2007), especialmente pp. 523 ss.

en el 48 se la describía como « cuando se obra a traición y sobre seguro », en el 50 pasó a convertirse en obrar « a traición o sobre seguro », introduciéndose como agravante « la traición sin seguridad y la seguridad sin traición »<sup>(36)</sup>.

Mayores fueron los cambios experimentados en la literalidad de la clasificación desde el código de 1870 a su reforma franquista de 1944. Su identificación correspondería, en rigor, a este punto, al ser expresión actualizada y endurecida de la declinación conservadora, pero los enumeraremos al final del epígrafe, dada la conveniencia de ordenar la exposición cronológicamente para advertir las modificaciones que el código de 1944 introdujo no solo respecto a la matriz de 1870, sino al antecedente republicano y democrático de 1932.

### 3.2. *Declinación progresista.*

Aunque esta versión realizó escasas modificaciones sobre la anterior, las incorporadas fueron de considerable relevancia. En primer lugar, introdujo una clara valencia humanista en la visión de la discrecionalidad del juez. Fue el código de 1870, de hecho, el que hizo del parentesco una circunstancia mixta (art. 10.1<sup>a</sup>). La defensa de la integridad familiar frente a sus agresores internos cedía así el puesto a posibles consideraciones de humanidad que aconsejasen atenuar la responsabilidad del autor del delito doméstico. También se amplió el arbitrio de los jueces para las agravantes de reiteración y de comisión del crimen con nocturnidad « o en despoblado ». Si esta última circunstancia la podían tomar en consideración, o no, los tribunales « según la naturaleza y accidentes del delito » (art. 10.15<sup>a</sup>), la de la reiteración podía ser tenida en cuenta o desechada « según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito » (art. 10.17<sup>a</sup>). Propio de esta declinación liberal progresista era, pues, ampliar los márgenes de disposición judicial del derecho para suavizar los castigos cuando no mediase excesiva peligrosidad en el delincuente.

También por razones de liberalismo político, la publicidad se convirtió en una circunstancia mixta. Si en la reforma franquista del código de 1944, según veremos, fue considerada solo como agra-

---

(36) A. ONECA, *El Código penal de 1870*, cit., p. 232.

vante, bajo dominio conservador decimonónico tendió a considerarse una circunstancia constitutiva de crímenes autónomos contra el honor, el orden público, la religión o la monarquía <sup>(37)</sup>, delitos que fueron recogidos, entre otros decretos anteriores, en la ley de imprenta de 13 de julio de 1857 <sup>(38)</sup>. Además de la apología, esta ley especial consideraba infracciones cometidas en un supuesto ejercicio abusivo de la libertad de prensa, por ejemplo, el ataque o ridiculización de « la Religión Católica Apostólica Romana », la ofensa a « la sagrada persona del Rey », la propagación de « doctrinas contra la organización de la familia o contra el derecho de propiedad » o la ofensa « á la decencia y buenas costumbres » (arts. 23 ss.). Tales previsiones experimentaron una falsa moderación con la reforma de la ley de imprenta de 22 de julio de 1864, que despenalizaba parcialmente el ejercicio de la libertad de expresión cuando tocase materia religiosa o la institución monárquica, remitiendo para las extralimitaciones a la disciplina del código. Sin embargo, no se trataba más que de una despenalización retórica, pues continuaban considerándose delitos comunes o especiales de imprenta los que atentaban contra la religión, la monarquía o los principios morales de la burguesía conservadora, y de ellos continuaba entendiéndose una jurisdicción especial puesta en planta al efecto.

Con el código de 1870, en sintonía con las previsiones de la Constitución de 1869, que reconocía ampliamente la libertad de expresión, se acabó con la regulación mediante legislación especial de los delitos de imprenta. En lugar de esta reglamentación extensiva, que colocaba el ejercicio de la libertad de prensa bajo intensa fiscalización gubernativa, se optó por un tipo general sobre « publicaciones clandestinas » y periódicos sin autorización gubernativa (art. 203, CP70), situado en el apartado sobre los delitos cometidos al ejercitarse los derechos individuales; por un capítulo sobre « faltas

---

<sup>(37)</sup> « Art. 7º. No estan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, *los de imprenta*, los de contrabando, los que se cometen en contravención á las leyes sanitarias, ni los demas que estuviesen penados por leyes especiales » (CP50).

<sup>(38)</sup> Llamada *De Nocedal*, y coronación de una serie anterior de intentos normativos igualmente represivos. Sobre esta norma y las sucesivas reformas, vid. J.I. MARCUELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal en España*, en R. Flaquer Montequi (ed.), *Derechos y Constitución*, monográfico de « Ayer. Revista de Historia contemporánea », 34 (1999), p. 75 ss.

de imprenta », donde se incluían, entre otras, la apología y la provocación a la desobediencia (art. 584); y por un tipo de provocación a cualquier delito, que distinguía, a efectos de pena, entre los casos en que el crimen se hubiese perpetrado, o no (arts. 582 y 583). A esta regulación codificada acompañaba la anunciada circunstancia mixta, consistente en realizar « el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio análogo que facilite la publicidad » (art. 10.5<sup>a</sup>).

En términos restrictivos, podría afirmarse, por tanto, que esta llamativa modificación en el terreno de las circunstancias afectaba a la publicidad como medio de difusión de todo crimen, no al tratamiento general de los delitos y faltas de imprenta, ceñidos a los mencionados arts. 203 y 582-584. La reformulación progresista en este particular vino así dada por el rechazo a una legislación especial puntillosa y autoritaria, con fuero privativo, como instrumento para abordar este tipo de delitos <sup>(39)</sup>, no por su exclusión completa del círculo penal; antes al contrario, uno de los puntos más polémicos del código de 1870 fue precisamente el de las sanciones previstas para esta clase de infracciones <sup>(40)</sup>, y el de las reglas extensivas para imputar la autoría de las mismas, hasta el punto que sus críticos más conservadores, con cínico rechazo, le acusaron de insertar prácticamente en su articulado el contenido de la ley especial <sup>(41)</sup>.

Téngase además presente, a los efectos de comprender la vigencia y desarrollo de esta declinación progresista, que el régimen de la Restauración, con su inicial suspensión de las libertades políticas y su inmediatamente posterior restricción legislativa, volvió bien

---

<sup>(39)</sup> Considerados, por tanto, comunes. Sobre este « criterio demoliberal »: v. MARCELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal*, cit., pp. 83-84, a quien le pasa desapercibido el carácter mixto de la circunstancia, considerándola solo una agravante.

<sup>(40)</sup> Arresto mayor para los delitos, multas de 25 a 125 pesetas para las faltas, pena inferior en dos grados para la provocación sin comisión del delito y la inmediatamente inferior en grado si « á la provocación hubiese seguido la perpetracion » (art. 583).

<sup>(41)</sup> Para el debate, las interpretaciones doctrinales y aceptable balance de conjunto, vid. T.S. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, Universidad Complutense de Madrid - Instituto de Criminología, 1977, pp. 25-39. Hubo defensores convincentes de la reforma: F. de SANTA OLALLA, *Observaciones sobre los artículos 582 y 583 del Código Penal reformado*, « RGLJ », núm. 38 (1871), pp. 338-346.



pronto al sistema de las leyes especiales, vaciando a este respecto el código penal y suprimiendo la garantía del juicio por jurados establecida por la ley de enjuiciamiento criminal (42). Lo abordaremos más adelante.

Otra novedad importante de la acepción progresista fue la inclusión como agravante de la vagancia (43). Antes de la codificación penal liberal, esta materia venía disciplinada por ley especial de 9 de mayo de 1845 (44). Conviene referirla por el tratamiento que en ella obtenía, considerada tanto una condición criminosa *per se*, que podía considerarse agravada en casos de mera sospecha, como una agravante vinculada a la comisión de cualquier infracción. De este modo, se reputaban vagos, según la ley citada, quienes no tenían « oficio, profesion, renta, sueldo, ocupacion o medio lícito con que vivir », o aquellos que teniendo alguno de tales medios económicos, « no trabaja[ban] habitualmente en ellos, y no se le cono[cían] otros medios lícitos de adquirir su subsistencia ». También se incluían a los mendigos o a quienes con rentas, pero insuficientes, frecuentaban « casas de juego ó tabernas, ó parages sospechosos » (art. 1º). En estos casos, la sanción prevista era el encierro de uno a tres años en lo que la normativa denominaba como « talleres de los establecimientos que el Gobierno tuviere designados al efecto » (art. 3º), en referencia a las prisiones y a los trabajos forzados que en ellas habrían de desempeñar. La vagancia podía además reputarse como agravada si el sujeto se consideraba como un potencial delincuente. Cuando sucedía esto, y el conceptuado en términos generales como

---

(42) C. SERVÁN, *Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869*, en Marta Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*, cit., p. 391.

(43) Un brevísimo repaso a la legislación sobre el particular, a la que aquí volveremos solo para valorar el cambio introducido por el código de 1870, en mi *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, en « Quaderni Fiorentini », 38 (2009), especialmente pp. 922-23. Vid. asimismo J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal, 1977, p. 31 ss.

(44) Consulto la ley en el *Diario de las sesiones del Senado de la legislatura de 1844 á 1845*, Madrid, Imp. Nacional, 1845, p. 361. A fines de 1845 ya habían sido procesados 293 ciudadanos por su aplicación, de los que 173 habían sido condenados, según informaba del « estado de las causas sustanciadas por vagancia » la *Gaceta de Madrid* (22-III-1846).

« vago » era considerado por indicios externos, o por hechos probados, peligroso para los derechos de propiedad <sup>(45)</sup>, o para cualesquiera otros <sup>(46)</sup>, debía entonces imponérsele pena de « prisión correccional » de dos a cuatro años. Por último, constituía una agravante propiamente dicha, como condición subjetiva asociada ya a la comisión efectiva de cualquier « delito comun », en cuyo caso la ley otorgaba al juez plena facultad para agravar la pena que le correspondiese según las disposiciones punitivas (art. 5º), en una muestra más del margen de discrecionalidad dejado a la administración de justicia por motivos político-criminales.

En el contexto de las revoluciones de 1848, concretamente a fines de marzo de ese año, se apremió al poder gubernativo de la provincia de Madrid a realizar un censo de vagos para su ulterior procesamiento, siguiendo lo establecido en la ley de 1845, pues se consideraba que para combatir a los « revoltosos » no hacían falta « nuevas leyes ni disposiciones excepcionales » <sup>(47)</sup>. No obstante, tanto para estos fines políticos como para los igualmente totalitarios de purificación de la sociedad burguesa, acabó sustituyéndose esta legislación especial sobre vagancia por su disciplina codificada. En realidad, los códigos de 1848 y 1850, en el título correspondiente de « la vagancia y la mendicidad » (arts. 258-266, CP50), volcaron prácticamente, refundiéndolas y simplificándolas, las previsiones de la ley especial. Ni siquiera se libró el agravamiento de la condena cuando mediaba « conocida sospecha » sobre las presuntas intenciones delictivas del vago. Castigadas estas infracciones con penas de arresto mayor y prisión correccional, la principal novedad vino dada

---

<sup>(45)</sup> Tal ocurría cuando « hubiese entrado en alguna casa, habitacion, almacén u oficina sin permiso del dueño ó de otra manera sospechosa », o « usando de engaños ó amenazas », o cuando estuviesen disfrazados o tuviesen « armas ó ganzúas ú otros instrumentos propios para ejecutar algun hurto, ó penetrar en las casas » (art. 2º, supuestos 1º a 3º).

<sup>(46)</sup> Por eso el cuarto supuesto del art. 2º consideraba agravada la condición de vagancia solo con que apareciese cualquier « fundada sospecha de delito ».

<sup>(47)</sup> Circular del Ministerio de la Gobernación inserta en la *Gaceta de Madrid* (31-III-1848).

por la medida de seguridad, agregada a las citadas penas, consistente en sujetar al vago y al mendigo a la vigilancia de la autoridad <sup>(48)</sup>.

Contando con estos precedentes, que llegaban a convertir la vagancia en puro « delito de sospecha » asociado a « un modo de ser de la persona » <sup>(49)</sup>, y que la convertían en un instrumento expeditivo para combatir la delincuencia política, debe someterse a cierta revisión el parecer que ha tachado su inclusión entre las circunstancias agravantes como « el mayor y más trágico dislate » del código de 1870 <sup>(50)</sup>. Pese a toda su apariencia reaccionaria, teniendo en cuenta el punto de partida, la aparición de esta agravante encerraba un gesto parcialmente progresivo. Efectivamente, con el cuerpo legal del Sexenio Democrático, y la conversión de la vagancia en una circunstancia, los elementos que definían al vago solo eran jurídicamente relevantes si resultaba declarado culpable de la comisión de un delito. Dejaba de ser una infracción *per se*, fundada solo en la condición subjetiva del individuo y en la mera sospecha indiciaria de que podía cometer delitos contra la propiedad. Hasta la definición prevista por la agravante (art. 10.23<sup>a</sup>, CP70) restringía considerablemente el tipo vigente de vagancia (art. 258, CP50), el cual, desde su reforma de marzo de 1868, comprendía los casos en que se contaba con medios económicos, pero no se trabajaba « habitualmente, pudiendo hacerlo », o se frecuentaban « casas de juego ó lugares sospechosos ».

Por otro lado, la previsión de la vagancia, aunque respondiese al fundamento político-criminal de precaverse frente al sujeto estimado peligroso operativo de forma subalterna en todo el modelo liberal, contaba en este caso con un acento propio y en contraste respecto de su disciplina jurídica bajo la declinación conservadora. Era la propia concepción de la sociedad la que se encontraba en proceso de transformación, y ésta inspiraba nociones diversas de una misma

---

<sup>(48)</sup> El art. 258 que definía los casos de vagancia todavía conocería una significativa reforma. Se llevó a cabo por ley de 27 de marzo de 1868, ya en los estertores del régimen isabelino, que amplió el alcance del tipo, recuperando prácticamente en su literalidad el tenor de la vieja ley de 1845, y sometió los casos de vagancia al procedimiento sumario previsto para cuestiones de orden público: v. *Gaceta de Madrid* (28-III-1868).

<sup>(49)</sup> J. TERRADILLOS, *Peligrosidad social*, cit., p. 41.

<sup>(50)</sup> ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1870*, cit., p. 244, quien se pronunciaba de tal modo señalando justamente el riesgo efectivo que suponía esa consideración como agravante al poder « causar la imposición de pena de muerte ».

figura jurídica. Así, de integrarse la vagancia en una concepción de la sociedad como asociación política de varones propietarios, constituyendo ante todo una amenaza para el orden público y moral burgués, su noción a la altura de los años '70 respondía ya a un tipo de sociedad entendida como colectividad fundada en el trabajo, frente a la cual la vagancia se erguía como una molesta impugnación, que debía sancionarse si acompañaba a conductas delictuosas.

El nuevo sistema constitucional modificó también la interpretación de las circunstancias. Aunque algunas conservaban prácticamente su tenor literal, el cambio de régimen político había hecho mutar su sentido. Eso aconteció, por ejemplo, con la agravante de la comisión del delito en lugar sagrado o de profanación, cuyos contenidos debían cambiar a la luz de la libertad de cultos declarada en la Constitución. Además, no era casual que junto a los templos religiosos se hiciese referencia también a edificios políticos como el parlamento, el senado o el palacio real (art. 10.19<sup>a</sup>, CP70). La sociedad política no podía reducirse ya a una comunidad de creyentes, en la que los espacios públicos especialmente protegidos fuesen solo los destinados al culto católico; había de ser, ante todo, una comunidad de ciudadanos bajo autoridades políticas comunes, las cuales debían quedar protegidas penalmente tanto en su dimensión personal como, y es aquí donde entra la ampliación de la circunstancia, en su aspecto simbólico y público materializado en los edificios que las alojaban.

Las reglas para la aplicación de las penas en función de las circunstancias quedaron prácticamente inalteradas en la declinación progresista de 1870, aunque la sucinta novedad introducida volvía a revelar el relativo humanitarismo que la distinguía. Mientras los códigos de 1848 y 1850, para los delitos castigados con dos penas indivisibles, ordenaban al tribunal la imposición de la mayor de ellas a no ser que mediase atenuante (art. 70), el de 1870 ordenaba aplicar la pena menor también en los casos en que no concurriese ni agravante ni atenuante alguna (art. 81.2<sup>a</sup>).

### 3.3. *Crisis del modelo liberal y crítica positivista: dos momentos.*

La vigencia de esta acepción progresista fue, en el terreno de la cultura penal, bien efímero. Apenas una década después de arrancar con el código de 1870, comenzó su declive y vaciamiento, tanto en

el orden cultural que le prestaba sustento como en el plano normativo. Atenderemos ahora al aspecto doctrinal del problema.

La crítica positivista al sistema punitivo liberal fue una crítica total, que aspiraba a su sustitución plena y que contaba, en su dimensión propositiva, con tal coherencia y sistematicidad que la hacían totalmente incompatible con cualquiera de las facetas del modelo liberal, también en lo que concernía a la disciplina de las circunstancias. Se confrontaba justo con la concepción del delito como acción voluntaria. La idea misma de la responsabilidad del agente, uno de los principios para organizar y dotar de contenido a las circunstancias, era puesta en discusión. Para los críticos no existía aquella voluntad libre, indeterminada, que proporcionaba el punto de referencia para valorar sus posibles desviaciones: solo cabía una voluntad condicionada por factores naturales, sociales y psicológicos. Las circunstancias del código resultaban impugnadas porque en el delito, en realidad, todo resultaba circunstancial. Por eso su clasificación codificada, general y abstracta, era lógicamente imposible. Desde la perspectiva positivista, para ponderar correctamente las circunstancias se precisaba realizar un estudio particularizado, donde las ciencias sociales, naturales y psicológicas debían contribuir a la identificación de las determinaciones concretas caso por caso. Por eso se proponía que los jueces penales renunciasen « á habérselas con *un* delito, concebido abstractamente como producto exclusivo de la voluntad del sujeto, y por tanto igual para *todos* los individuos »; en lugar de esto, tenían que procurar « entendérselas con *el* delito específico que tienen delante, *distinto* de todos los demás delitos, y con *el delincuente* que lo ha cometido » (51).

La recomendación procedía de Pedro Dorado Montero (52), cabeza y casi autor único de la escuela correccionalista española, a la que se contrajo en buena medida la corriente positivista en este país. Desde sus postulados, el delito se encontraba caracterizado, en primer término, por una suerte de eximente general: primero,

---

(51) P. DORADO MONTERO, *Problemas de derecho penal*, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1895, p. 189.

(52) Sobre este importante jurista, puede verse a modo de presentación la voz de C. PETIT, *Pedro García Dorado y Montero (1861-1919)*, en *Diccionario de catedráticos españoles de derecho*, disponible on-line.

porque el desvalor asociado a una conducta delictiva era siempre relativo, una construcción social contingente, dependiente de la correlación de fuerzas morales característica de cada sociedad y de cada momento histórico, y no un atributo ontológico, inscrito en un orden moral objetivo y eterno <sup>(53)</sup>; y segundo, porque el delito no era nunca fruto de una voluntad libre de toda mediación, dato que impedía la imputación limpia del delincuente, nunca plenamente responsable de sus propios actos. El delincuente no era, por tanto, merecedor de una condena, ni la sociedad resultaba más segura por la lógica de la retribución. Era necesario, por contra, ofrecerle el tratamiento justo para obtener su reeducación y su consiguiente readaptación a la sociedad. Y el verdadero reto a conquistar era suministrar dicho tratamiento antes de que el delito se hubiese consumado, actuando de forma preventiva, pues la misión auténtica de « la justicia criminal » consistía en garantizar la « tranquilidad para el porvenir » conjurando los peligros, no en la imposible restauración de un orden ya quebrantado irremisiblemente por el crimen <sup>(54)</sup>. De hecho, si algo demostraban las circunstancias del delito tal y como estaban previstas en el código, muy especialmente las llamadas eximentes, era que lo propio y genuino de la función penal no estribaba tanto en la retribución del mal sino en la precaución ante el peligro.

He aquí, pues, la revolución pendiente de consumar: dejar de considerar la pena como un mal; comenzar a entenderla como un bien al que el potencial delincuente tenía derecho a fin de poder reintegrarse en sociedad y desarrollar, con ello, plenamente su personalidad. Su fin no podía continuar siendo el castigo de los cuerpos, sino la « cura de las almas » <sup>(55)</sup>. Y para eso resultaba imprescindible la comprensión exacta de la multiplicidad de las circunstancias, sociales y ambientales, aunque también subjetivas, que le habían empujado a cometer el delito, o, mejor, que le iban a empujar a delinquir, tarea que solo podría llevar a cabo un colegio de expertos, más que en el derecho positivo codificado, en las

---

<sup>(53)</sup> P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, I, Madrid, Victoriano Suárez, 1915, p. 16 y 531.

<sup>(54)</sup> Ivi, p. 131.

<sup>(55)</sup> Ivi, p. 181.

disciplinas de la psicología, la antropología y las ciencias naturales <sup>(56)</sup>.

Aspiración central de este tipo de crítica, como se ha dicho, era la sustitución plena del sistema penal liberal retributivo por otro sistema terapéutico preventivo, caracterizado, entre otros elementos, por estos dos: lo que Dorado denominaba una pena «verdaderamente teleológica» <sup>(57)</sup> y el «arbitrio discrecional». Como un enfermo que necesitaba de un tratamiento médico específico, cada delincuente requería de una terapia penal concreta. El binomio liberal entre circunstancias taxativas y penas graduables establecidas por la ley saltaba de este modo por los aires. Las circunstancias, infinitas, no cabían en un código; por tanto, no podían tampoco establecerse de antemano sus respectivas consecuencias penales. Por eso, tanto un extremo como otro, tanto la identificación y ponderación de las circunstancias como la determinación específica de sus consecuencias penales, recaían sobre la discrecionalidad de ese juez parapetado por las modernas ciencias positivas. De ahí que a la concepción teleológica de la pena se le asociase, como condición necesaria suya, su «individualización» a través de figuras como la sentencia o la propia pena indeterminadas <sup>(58)</sup>.

En efecto, conferir relevancia penal a todas las circunstancias, objetivas y subjetivas, que rodeaban el delito, entender, pues, el delito siempre en términos particularistas, demostraba la inutilidad de la *forma-código* a efectos penales y atribuía toda la relevancia en la determinación de la pena al magistrado, encargado de valorar todas las circunstancias del hecho y del agente y facultado a la hora de tomar decisiones para invocar otras fuentes normativas como la costumbre, la jurisprudencia o la equidad <sup>(59)</sup>. Ahora bien, contra lo

---

<sup>(56)</sup> Sobre estos jueces de lo penal como médicos higienistas e indulgentes provistos de una gran cultura científica, vid. P. DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo derecho penal*, Barcelona, Soler, s. f., p. 79 y 81.

<sup>(57)</sup> P. DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, II, Madrid, Victoriano Suárez, 1915, p. 24.

<sup>(58)</sup> Sobre los itinerarios discursivos que llevan a estas convicciones en la criminalística europea, v. M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 109 ss.

<sup>(59)</sup> DORADO MONTERO, *Problemas de derecho penal*, cit., «II. Otras fuentes del derecho penal además de la ley».

que pudiera parecer, no nos encontramos frente a una discrecionalidad ilimitada, sinónima de la arbitrariedad; la competencia atribuida al juez para crear circunstancias, valorarlas y deducir las consecuencias pertinentes en la fase de la determinación de la pena era solo discrecional respecto del derecho positivo codificado, no absoluta; por el contrario, se planteaba como una discrecionalidad fuertemente disciplinada por las ciencias naturales y antropológicas, cuyas reglas, según el enfoque positivista, podían ser tanto o más objetivas y ciertas que las legales.

Pese a su relevancia y difusión doctrinal, el positivismo no lograría en España llevar sus propuestas por entero a la legislación. Su influjo se apreció, desde luego, en la enseñanza y la cultura del derecho, y también en algunas leyes especiales. La solidez de sus fundamentos, y el auge institucional del krausismo, donde se inscribían las teorías penales positivas, hizo que su presencia resultase incuestionable en términos científicos. Por esa razón, a comienzos del siglo XX, casi toda la penalística, obligada a tomar en cuenta el desafío correccionalista, se había tornado mixta <sup>(60)</sup>: conservaba los axiomas del derecho penal clásico, como la autodeterminación del delincuente o el principio de legalidad, pero, junto a ellos, por razones de defensa social frente al individuo peligroso, abría las compuertas a las sugerencias positivistas, que prestaban base a un derecho penal preventivo, con circunstancias subjetivas reveladoras de la peligrosidad, discrecionalidad judicial y medidas de seguridad <sup>(61)</sup>. Este desdoblamiento podía experimentar, a su vez, una escisión ulterior, pues había quien continuaba concibiendo el lado precautorio en los términos progresistas y humanistas, aunque igualmente controladores e invasivos <sup>(62)</sup>, propios del correccionalismo

---

<sup>(60)</sup> Destaca este desdoblamiento del derecho penal a escala europea, PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit., pp. 186-187.

<sup>(61)</sup> El propio Dorado pudo asistir a esta bifurcación propia del eclecticismo, que él despreciaba como aporética y cínica porque sostenía que con las medidas administrativas de seguridad, en la práctica igual de perniciosas para los delincuentes que las propias penas, podían quedar mejor preservados sus derechos: *El derecho protector de los criminales*, II, cit., p. 40.

<sup>(62)</sup> Pues bien cierto es que las retóricas terapéuticas sobre la curación del individuo peligroso eran estructuralmente ambiguas, y suponían, expresa o tácitamente, «estrategias de control y defensa de la sociedad»: PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit., p. 197.



de Dorado, mientras otros solo subrayaban la eficacia político-criminal del combate de la peligrosidad, haciendo del ideal de la defensa social una práctica acentuadamente autoritaria.

Expresión jurídico-positiva de esta condición mixta de la doctrina penal fue la reivindicación de dos códigos: uno, represivo, el otro, estrictamente preventivo; uno, basado en el principio de estricta legalidad, el otro, fundado en la idea del « *estado peligroso* que el delincuente representa para la sociedad » (63); uno, estableciendo penas legalmente clasificadas y limitadas, el otro, disponiendo medidas de seguridad indeterminadas. En este segundo código, las circunstancias, más que del delito, serían del delincuente, como indicios de su peligrosidad; serían flexibles, siempre abiertas, a la espera de ser integradas por una magistratura « experta », auxiliada en todo caso para estos menesteres por un equipo de técnicos, médicos, antropólogos y burócratas. Se trataría, además, de una magistratura llamada no solo a valorar los hechos y a su autor, sino también a determinar el tratamiento y su duración específica. Propio de este segundo derecho penal preventivo sería, pues, la elección discrecional de las medidas de seguridad por parte del juez en atención a las circunstancias particulares concurrentes, que él mismo podría crear en cada caso. El magistrado podría asimismo decidir en todo momento sobre la duración de la medida aplicada, a tenor de las conclusiones alcanzadas en la correspondiente vigilancia de su desarrollo. La valoración de las circunstancias, ante todo subjetivas, por parte del juez, se convertiría así, en este caso, en una función continua, presente en todo el proceso, hasta durante la ejecución de la pena. Y el mejor instituto para canalizar esta nueva dinámica procesal y penitenciaria no sería otro que el de la « *sentencia indeterminada* », provisional y carente incluso de límites máximos y mínimos (64).

Llegaba a defenderse, en realidad, la generalización de los planteamientos del estado peligroso (65) y de tal mecanismo inde-

---

(63) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. Madrid, Juan Pueyo, 1922, p. 31.

(64) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, Madrid, Reus, 1913.

(65) JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso*, cit., p. 138.

terminista, su aplicación « tanto a las medidas de seguridad como a las penas propiamente dichas », exceptuando la delincuencia política, no necesitada de corrección. Se era consciente, desde luego, de los riesgos que comportaba para « las garantías del derecho de libertad individual », pero se creía que podrían prevenirse con una elección correcta de las autoridades competentes para la determinación <sup>(66)</sup>.

Otra de las propuestas características de esta penalística mixta, en su corriente más garantista, no ceñidas en rigor al derecho penal preventivo, sino extensibles también al derecho penal represivo, era el instituto del « perdón judicial ». Según lo definía un jovencísimo José Antón Oneca en su tesis doctoral, consistía en « la facultad concedida a los jueces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo, remitan la pena aplicable según la ley, en vista de las circunstancias especialísimas concurrentes en el reo, apreciadas conforme a su prudente arbitrio » <sup>(67)</sup>. Se trataba, pues, de una prerrogativa fundada por entero en la relevancia de la dimensión circunstancial del delito, en su aspecto tanto objetivo como, sobre todo, subjetivo, y comprendiendo no solo el momento de su comisión, sino también el trance de su enjuiciamiento. Su propósito era colmar un vacío que las causas de justificación y las de exención, e incluso las circunstancias atenuantes, dejaban de cubrir, por no contemplar el carácter contraproducente de una pena en los casos en que ésta dejaba de contar con toda función positiva debido a la rehabilitación espontánea del delincuente, a los efectos irrisorios del delito o a su debida reparación extrajudicial.

La lógica continuaba siendo la de la peligrosidad, pero el perdón judicial se centraba en los casos en los que ésta no existía en absoluto. Se seguía respondiendo a la conveniencia de contrapesar con el prudente arbitrio de los jueces las injusticias provocadas por la inflexibilidad de la ley penal, pero también por los caprichos del ejecutivo en el ejercicio de su facultad de indultar. Mucho más

---

<sup>(66)</sup> L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Generalización del principio de la sentencia indeterminada*, en « Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal », XII, núm. 70 (1925), pp. 13-14 y 16.

<sup>(67)</sup> J. ANTÓN ONECA, *El perdón judicial*, en « Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales », V (1922), p. 7..

preparados para valorar la conveniencia de perdonar a un reo estaban los jueces ordinarios, y de forma mucho más independiente podían ejercer esta facultad, que el propio consejo de ministros; tal era la convicción. La preocupación, cada vez más represiva, por la defensa de la sociedad, dejaba aquí el paso a la preferencia por la defensa de los derechos individuales.

Se trataba de una sensibilidad político-criminal que pronto quedaría en minoría. Los autores progresistas de esta corriente ecléctica tuvieron, en efecto, ocasión de ver plasmados en la ley penal algunas de sus reclamaciones, pero fue en el código defensorista de la dictadura de Primo de Rivera que abordaremos de modo sumario al final de estas páginas; es decir, fueron incorporadas parcialmente a la legislación punitiva, pero con una evidente valencia retribucionista, con desprecio por sus raíces correccionalistas. El legislador penal decretó así con el propio código la victoria de la interpretación ecléctica más autoritaria. La comprobación empírica de que muchas propuestas del positivismo podían resultar adoptadas por sistemas dictatoriales, pervirtiendo con ello sus propósitos progresivos originarios, llevó de hecho a sus defensores democráticos, como Luis Jiménez de Asúa, a abandonar transitoriamente el correccionalismo y sus proyectos, al menos hasta que la democracia no se hubiese asentado lo suficiente como para poder garantizar los buenos efectos de la experimentación penal positivista. Entretanto esto no ocurriese, la labor debida del penalista democrático debía ser la denominada en España como « teoría jurídica del delito »<sup>(68)</sup>, trasunto de la dogmática penal de procedencia alemana, y concebida como refrendo cultural constructivo de las garantías penales. Como después se verá, con la proclamación de la II República, y la confianza depositada en su afianzamiento, los planes de desdoblamiento de la materia penal en dos órdenes regresaron, e incluso se realizó algún ensayo de ley sobre el estado peligroso, condenado a su perversión institucional inmediata debido tanto a la falta de consolidación de la democracia como a las inercias autoritarias firmemente asentadas en los cuerpos judiciales y policiales encargados de su aplicación.

---

<sup>(68)</sup> L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932. Universidad de Madrid*, Imp. Colonial Estrada Hnos., 1931.

### 3.4. *Vaciamientos.*

Antes de pasar a exponer estos extremos, propios de la que hemos denominado como declinación democrática del modelo liberal de circunstancias, debemos referirnos a otra especificidad del desarrollo de la declinación progresista. Si en el plano de la cultura jurídica, como hemos visto, sufrió la acometida de la crítica positivista, en el terreno de la legislación experimentó un vaciado considerable a través del nuevo régimen constitucional y de las leyes especiales que se aprobaron durante la Restauración.

¿Qué ocurrió, por ejemplo, con la vagancia? Para el código de 1870, recordemos, se trataba de un factor relevante como circunstancia subjetiva de un delito, y no como una infracción autónoma. Sin embargo, continuó castigándose igualmente, pero a través de dispositivos administrativos y de policía, sin que mediase tutela judicial. Para eso sirvió el llamado « arresto sustitutorio » de quince días impuesto a quienes no abonaban las multas por realizar « actos contrarios á la moral ó á la decencia pública » (art. 22, ley provincial de 29-VIII-1882). Era un castigo administrado por las autoridades gubernativas provinciales, cuyo destinatario habitual era el definido por el tipo de la vagancia, con lo que la despenalización operada en 1870, y su conversión en agravante, quedó neutralizada a través de esta práctica punitiva extrajudicial. Y no se piense que se trataba de un mecanismo excepcional e infrecuente, pues abundaron los casos en que los así castigados, vulgarmente llamados « quinceneros », encadenaron incluso varios años de arrestos en calabozos municipales (69). Era, como puede observarse, la enésima evidencia del doble nivel punitivo, uno fundado en la legalidad y la tutela judicial y otro caracterizado por la discrecionalidad, la excepción y la aplicación gubernativa, en que se desdoblaba el sistema penal liberal, según la acertada y conocida indicación de Mario Sbriccoli.

Hubo aun otros vaciamientos a este respecto, que teniendo fines protectores de la infancia y la juventud, contaban asimismo con notorios efectos represivos para los sectores marginales. La ley sobre la mendicidad y vagancia de los menores (23-VIII-1903) volvió en

---

(69) Documento tanto el contexto como algunos casos representativos en *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., p. 923 ss.

parte a criminalizar el vagabundaje y la mendicación antes despenalizados (70). Introducía previsiones ciertamente tutelares de los menores de dieciséis años, pues castigaba con penas de multa y arresto a quienes los maltratasen o entregasen a terceros para mendigar. Pero contemplaba asimismo sanciones pecuniarias, o el arresto subsidiario, para los padres, tutores o guardadores de los menores mendigos o vagabundos y para las personas que se acompañasen de ellos « con objeto de implorar la caridad pública » (art. 1.2ª). La ley ordenaba asimismo la detención por parte de las autoridades de los mendigos y vagos menores, incluso facultaba a cualquier particular para proceder a dicha detención, y obligaba a su encierro en establecimientos de beneficencia cuando sus padres, tutores o guardadores viesen suspendidos sus títulos de guarda y custodia por reincidencia. Por consiguiente, semejante ley, aunque pudiese contar con cierta inspiración filantrópica y tutelar (71), abordaba el asunto de la mendicidad desde un plano fundamentalmente punitivo, ya fuese mediante la represión penal de responsables subsidiarios, o bien a través de la medida preventiva del encierro en centros de beneficencia, que revelaban la visión del niño o joven mendigo como « futuro delincuente » (72).

¿Y qué ocurrió, por su parte, con otro de los elementos distintivos de la declinación progresista, la conversión de la publicidad en una circunstancia mixta y el abandono de la regulación de los delitos de imprenta por medio de leyes especiales autoritarias? Como se ha adelantado, muy pronto se volvió a este sistema de legislación especial con fuero jurisdiccional privativo. La ley de 7 de enero de 1879 señaló de nuevo como delictivos los ataques a los dogmas religiosos, las ofensas a la persona del rey, la difusión de doctrinas republicanas, la ridiculización de las instituciones representativas o la desfiguración de los discursos de senadores y diputados (art. 16).

---

(70) Para una descripción sumaria de la norma citada: vid. M.J. ESPUNY TOMÁS, *Mendicidad infantil: ley sobre la mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903*, « IusLabor », 4 (2005), s. p.

(71) Llama ante todo la atención sobre este aspecto protector de la infancia Marta Santos Sacristán en su completo examen del asunto: *Una aproximación a la ley de mendicidad de 1903*, « Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos) », 16 (2012), pp. 227-260.

(72) Ivi, p. 258.

El único atisbo de apertura venía dado precisamente por una ampliación del círculo represivo, al castigarse también el « hacer befa ó escarnio de cualquier otra [religión] que tenga prosélitos en España » (art. 16.Segundo), en sintonía con el régimen de confesionalidad católica, pero de tolerancia, que había instaurado la Constitución de 1876. Regresó la jurisdicción especial para conocer este tipo de delitos de opinión, a los que se añadieron unas « infracciones de policía » en las que se incurría cuando no se observaban las restricciones gubernativas para imprimir una publicación autorizada.

Cierto es que esta ley fue derogada relativamente pronto y sustituida por otra mucho más flexible y liberal, la llamada por el ministro *Ley Gullón*, de 26 de julio de 1883 <sup>(73)</sup>, que se limitaba a establecer los requisitos para publicar impresos y periódicos en el país, suprimiendo los tribunales de imprenta. Los delitos cometidos en el ejercicio de la libertad de prensa pasaron a ser, de nuevo, exclusivamente los previstos en el código. El incumplimiento de los requisitos establecidos para la publicación tendría carácter de infracción administrativa, castigada con las sanciones señaladas en el cuerpo codificado para las faltas de imprenta. En apariencia, pues, se pasaba a la opción progresista anterior, pero la aprobación de la ley no supuso su eficacia inmediata, existiendo poderes gubernativos ligados al partido conservador que continuaban aplicando la de 1879, y el auge del anarquismo y del separatismo haría regresar en pocos años los delitos de opinión y convertiría la publicidad, en algunos casos, en una circunstancia tan solo agravante de la responsabilidad criminal.

La ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados con explosivos, por ejemplo, castigaba con idéntica pena la comisión del atentado que su presunta provocación « de palabra, por escrito, por la imprenta, el grabado u otro medio de publicación ». Y si a la supuesta provocación no seguía la perpetración del delito, la pena impuesta era la inferior en un solo grado (art. 6º). También endurecía el régimen del código para la apología de esta clase de delitos, al asignarles la pena de prisión correccional (art. 7º). Importa

---

(73) MARCELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal*, cit., p. 86 ss.

apreciar cómo el régimen codificado se vaciaba en estos casos, siendo sustituido por otro de excepción con penas más severas. Sin embargo, pese a la relevancia que estas disposiciones punitivas pudieran tener para la publicidad, afectaban ante todo a los delitos de provocación y apología del derecho común, pero no tanto a su condición de circunstancia mixta.

Sería una ley posterior, de 5 de septiembre de 1896, sobre el mismo particular, la que suspendería, para la materia en cuestión, la economía codificada de las circunstancias, disponiendo en su lugar un sistema donde imperaría la discrecionalidad judicial bajo fiscalización gubernativa, signo inequívoco, como ya hemos indicado, de la declinación conservadora. Esta nueva ley dejaba subsistente la norma anterior de 1894 en todo aquello que no la contradijese, pero creaba un nuevo tipo, suerte de subespecie de la apología del terrorismo, consistente en la propagación de « ideas anarquistas » « de palabra ó por escrito, por la imprenta, grabado ú otro medio de publicidad » (art. 4º), que conminaba con la pena de extrañamiento. Era su art. 3º el que concedía la facultad a los tribunales, tanto militares como ordinarios, que conociesen de los delitos acuñados en la ley, para proponer al gobierno « la rebaja ó conmutación de la pena, si entendieren que esta es notablemente excesiva, atendidas las circunstancias del hecho y del delincuente ». Se trataba, pues, de un régimen independiente de circunstancias para este tipo de delitos políticos, donde no cabían agravantes, pues la pena más usual era la de muerte. Y en el que la apreciación judicial de las atenuantes, aunque pudiera venir inspirada indirectamente por la clasificación del código, era plenamente discrecional, como ilimitadas eran sus posibles consecuencias penales, que recorrían desde una rebaja menor hasta su conmutación, si bien se requería en cualquier caso la ratificación final por parte del gobierno de la propuesta judicial, escenificándose así la sumisión de los jueces, pero también de los militares, al ejecutivo.

La declinación progresista del modelo liberal de circunstancias experimentaba con este tipo de leyes especiales un doble vaciamiento. Si la publicidad había querido convertirse en circunstancia mixta, y todo lo relativo a los delitos de opinión en cuestión de derecho común, con las leyes antianarquistas se diseñaban regímenes de excepción para los delitos de imprenta y el ejercicio de la

libertad de expresión dejaba de ser un argumento para atenuar la responsabilidad criminal <sup>(74)</sup>. Por otro lado, con la ley de 1896, el sistema de circunstancias tasado, aun con la cláusula de analogía final, vinculado a unas reglas de aplicación de penas explicitadas en el código y dejado en lo demás al arbitrio judicial, era remplazado, para los delitos amonedados en ella, por un sistema completamente abierto de circunstancias atenuantes, donde la plena discrecionalidad para su apreciación de los tribunales, que podían ser militares, quedaba de cualquier modo pendiente de ratificación gubernativa.

Por este carril del vaciamiento discurrió una ley posterior, llamada « de Jurisdicciones », de 23 de marzo de 1906 (*Gaceta de Madrid*, 24-IV). Acuñó nuevos tipos penales, endureció los ya existentes en el código, convirtió la publicidad solo en agravante y creó nuevas reglas para la graduación de penas en atención a las circunstancias del delito, todo ello en referencia a los cometidos por medios de difusión pública. Así, creó el tipo de ultrajes a la nación, « su bandera, himno nacional ú oro emblema », adjudicándole la pena de prisión correccional (art. 1º). La apología de los delitos en ella tipificados contra la integridad nacional y las fuerzas armadas se conminaba con pena de arresto mayor (art. 4º). El caso concreto de las injurias y ofensas « al Ejército o a la Armada o a instituciones, armas, clases o Cuerpos determinados del mismo », cuando se realizaba por cualquier medio de publicidad, quedaba automáticamente castigado con una pena mayor a la que podía derivarse del régimen codificado, la de prisión correccional (art. 3º). Y este mismo precepto establecía una nueva regla de aplicación de penas — que iba del arresto mayor en sus grados medio y máximo a la prisión correccional en su grado mínimo — para la instigación directa a la « insubordinación en los institutos armados ». Si el código servía de referencia, era para la extensa cadena de responsabilidades subsidiarias que preveía para los delitos de imprenta (art. 11).

Podrían añadirse más ejemplos de vaciamiento o regresión, como la agravante de comisión en lugar sagrado, que no podía sino

---

(74) De hecho, lo que sucedió a semejante legislación empeoró todavía más el ejercicio de la libertad de prensa y expresión en todo lo que tuviese que ver con la defensa de los principios políticos del anarquismo, según he tratado de mostrar en *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., p. 898.



volver a significar, bajo la Constitución confesional de 1876, una sobreprotección penal de los templos católicos. Baste, sin embargo, lo expuesto para apreciar dos dinámicas: la de la neutralización de los factores principales de la declinación progresista bajo la Restauración y la del regreso a algunas dimensiones de la declinación conservadora, entre las cuales debe destacarse el papel de las leyes penales especiales para delitos de connotación política y con dimensión pública, pues muchas veces contaban con su propia y paralela organización de las circunstancias.

### 3.5. *Declinación democrática.*

En la II República, precisamente como reacción a este vaciamiento y también a la codificación penal de la dictadura de Primo de Rivera, el modelo liberal de las circunstancias pasó a ser interpretado en modo democrático. Su concreción legislativa fue el código de 1932. Según el autor de la reforma, el ya citado Luis Jiménez de Asúa, la idea clave del nuevo cuerpo legal era la de dar al código de 1870 una mayor « humanización y elasticidad » (75).

Entre estos dos propósitos es donde debe colocarse un replanteamiento coherente del arbitrio judicial. El nuevo código no solo no suprimió, sino que hizo más laxa la cláusula final de la analogía, suprimiendo el requisito de la « entidad equivalente » (art. 9.9ª). Ahora bien, tal ampliación de la facultades de apreciación discrecional del juez se introdujo solo en el caso de las atenuantes; del listado de las agravantes, por el contrario, fue suprimida completamente la cláusula de la analogía, vetando en este caso la creación judicial de circunstancias. El arbitrio había dejado de pensarse como instrumento político-criminal para asegurar la punición del culpable y la neutralización del peligroso; bajo la acepción republicana se concebía más bien como garantía de los derechos del procesado

---

(75) Véase la *Exposición de motivos* del código penal de 1932, que consulto en la utilísima recopilación de J.L. BARJA DE QUIROGA, L. RODRÍGUEZ RAMOS y L. RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ (eds.), *Códigos penales españoles. 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944. Recopilación y concordancias*, Madrid, Akal, 1987, pp. 977-1006. Existe tesis doctoral sobre este cuerpo normativo que, hasta donde alcanzo a conocer, permanece inédita: F.J. GENOVÉS BALLESTER, *El Código penal de 1932*, Universitat de València, 2006.

frente a los posibles rigores de la ley. Y compatible, desde luego, con este garantismo era otorgar al juez cierto margen de actuación cuando éste podía traducirse en una justificada mitigación de la pena en atención a las circunstancias del delito o del delincuente. Estamos, en efecto, ante el rastro normativo de aquellas posiciones que defendían la competencia directa del juez para perdonar al reo.

En idéntico sentido de flexibilizar la aplicación del código por motivos humanistas se orientaba otra de las modificaciones más relevantes en el régimen de circunstancias. Se trataba también de ampliar el margen de apreciación de los magistrados, pero esta vez en sede de agravantes, siguiendo la línea ya abierta por el código de 1870. Si se suprimía para estas circunstancias la cláusula de analogía, se otorgaba en su lugar una facultad jurisdiccional genérica para tomar, o no, en consideración, atendidas las « condiciones del delincuente y la naturaleza, los motivos y los efectos del delito », las circunstancias de « astucia, fraude o disfraz », abuso de superioridad, nocturnidad, reiteración o desprecio « por la dignidad, edad o sexo » de la víctima (art. 10.15). A diferencia, pues, del código de 1870, que solo preveía este margen de arbitrio para los casos de nocturnidad y reiteración, se ensanchaba en 1932 el campo de apreciación judicial en posible beneficio del reo <sup>(76)</sup>.

La huella del correccionalismo humanista se dejaba sentir, además, en otras dos circunstancias, esta vez de carácter eximente. En ellas lo prioritario era evitar la imposición de sanciones ordinarias en los casos en que la peligrosidad era mínima o corregible. Se trataba, en primer lugar, de la ya citada delincuencia juvenil, con una eximente de carácter general para menores de dieciséis que remitía en bloque a la jurisdicción tutelar de menores. La otra era de nueva creación, la del « sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción », quien, considerado inimputable, había de ser « ingresado en un establecimiento de educación de anormales » cuando infringiese la ley penal (art. 8.3<sup>a</sup>). La indudable

---

(76) En contraste con el código de 1870 hubo además una alteración de carácter eminentemente técnico: las circunstancias mixtas de parentesco y publicidad, incluidas en el cuerpo decimonónico en el listado de agravantes, fueron incluidas en 1932 en un capítulo aparte, dada su peculiar naturaleza ambivalente.

aspereza del lenguaje utilizado por el código no debe ocultar el propósito correccionalista de la reforma.

Otra novedad significativa, explicada también por la falta de peligrosidad, aunque sin ubicarse en la lógica preventiva de las medidas de seguridad, y que reflejaba una concreta concepción de la justicia, fue la de la reparación de los efectos del delito y la de confesión voluntaria. Ambas atenuantes, se encontraban ya previstas en el código ilustrado de 1822 <sup>(77)</sup>; la primera requería para su estimación que existiese «arrepentimiento espontáneo» y la segunda que no se hubiese aún incoado el proceso contra el culpable (art. 9.8<sup>a</sup>). Se atenuaba así la intervención de la justicia criminal cuando existía alguna conciliación horizontal entre infractor y ofendido, y se premiaba además la colaboración de los ciudadanos con la justicia, una colaboración nacida de la conciencia individual de culpabilidad por haber infringido una legislación que, por democrática, resultaba vinculante.

Este sentido igualitario, que pretendía situar la institucionalidad vigente a nivel de ciudadanía rasa, se advierte también en la supresión de la agravante de comisión del delito en edificios públicos, «mal avenida con las normas de una democracia» <sup>(78)</sup>. Se rechazaba con ello sublimar a las autoridades públicas con la protección especial de los palacios en que se alojaban. Se argumentaba, además, que de mantenerse la agravante introducida en 1870 se produciría redundancia gratuita, pues las instituciones políticas se encontraban ya penalmente protegidas, por lo que no requerían de un plus de punición contra las conductas que las agrediesen.

Hubo otras modificaciones que extendían con claridad esta inspiración democrática, alternativa a la cosmovisión liberal centrada en la defensa de la propiedad y la religión. La exclusión de la agravante por cometer la infracción en el parlamento o en el palacio presidencial alcanzó también a la típica y tradicional del sacrilegio. Se apreciaba con ello la laicidad del Estado proclamada en la Constitución de 1931 y se podían esgrimir para justificarlo idénticos

---

<sup>(77)</sup> Y las recuperó el código penal de 1928 con el que se quería romper, si bien en él se dejaba al arbitrio de los tribunales su estimación.

<sup>(78)</sup> [JIMÉNEZ DE ASÚA] *Exposición de motivos*, cit., p. 997, en consideración extensible a la supresión de la agravante de profanación, que seguidamente mencionaremos.

motivos de redundancia, al encontrarse ya protegidos los templos religiosos por el derecho penal común, e incluso por cierta legislación de excepción (79). Por otro lado, la eximente del estado de necesidad dejó de contemplarse solo para el caso de daños sobre la propiedad, algo típico de las declinaciones anteriores, incluyéndose ahora el sacrificio de otros bienes jurídicos. Entre las agravantes se abolieron además las que se fundaban exclusivamente en el daño sobre las cosas o bienes. La razón alegada era parecida a la ya vista, de carácter técnico: se consideraban ya incluidas en los tipos de los delitos respectivos, lo que provocaría una perniciosa redundancia. Pero también existían motivos políticos: el derecho de propiedad privada no podía continuar ocupando el núcleo central de un sistema democrático, como ocurría en el régimen liberal, y ese desplazamiento de orden político general no podía menos que reflejarse en la disciplina de las circunstancias.

Por último, debe destacarse, por su valor político distintivo de esta declinación y por su problemático desarrollo, la extirpación de la agravante de vagancia. Se procedió a suprimirla « tanto porque [se estimaba] absurdo que se aument[ase] la pena en delitos en que el ocio no [era] relevante » como porque la propia tipificación de la vagancia resultaba « totalmente inconciliable con las normas democráticas de la incipiente República española » (80). Ahora bien, pronto se revelaría que lo característico de esta declinación democrática no era la plena indiferencia, desde un punto de vista político-criminal, respecto de las situaciones de marginación social. Los ideales correccionalistas seguían fundamentando las posiciones a este respecto. Por tanto, si había de considerarse la vagancia, no era como circunstancia asociada a un delito, y mucho menos como un delito autónomo, según la entendieron los códigos conservadores, sino como un factor vinculado a la peligrosidad del sujeto, que debía acarrear, no agravamiento de la pena, sino el salto desde la lógica de la retribución a la de la prevención, con la prescripción de los

---

(79) « Art. 1º. Son actos de agresión a la República [...] IV. La comisión de actos de violencia contra personas, cosas o propiedades, por motivos religiosos, políticos o sociales, o la incitación a cometerlos », de la ley de 21 de octubre de 1931, conocida como de *Defensa de la República*.

(80) [JIMÉNEZ DE ASÚA] *Exposición de motivos*, cit., p. 997 y 998.

tratamientos correccionales pertinentes para neutralizar y reconducir dicho estado peligroso.

Y eso fue lo que pretendió realizar la polémica Ley de Vagos y Maleantes de agosto de 1933, inspirada en buena parte por el propio Luis Jiménez de Asúa, junto al también penalista Mariano Ruiz Funes. Paradójicamente, el propósito primordial con que nació esta legislación sobre los « estados peligrosos » fue garantista. Pretendía hacer aflorar al nivel de la tutela judicial todo el inframundo de la represión gubernativa de los sectores marginados, donde, como hemos visto, se acudía al expediente discrecional del arresto quincenal sustitutivo del pago de una multa. Ahora se ordenaba expresamente que las medidas de seguridad en ella previstas se aplicasen solo y exclusivamente por los tribunales (art. 5º).

La inflexión vino dada por la toma en consideración de la vagancia no solo como circunstancia agravante de un delito efectivamente cometido, sino también como un estado peligroso *per se*, merecedor de una medida de seguridad. En su ámbito de aplicación entraban los destinatarios del antiguo capítulo de los códigos sobre vagos y mendigos, a los que se añadían ahora otras categorías como los « rufianes y proxenetas », los « ebrios y toxicómanos habituales » o los que explotasen « juegos prohibidos ». El amplio margen de apreciación de circunstancias estrictamente subjetivas se hacía patente en el estado peligroso genérico de « conducta reveladora de inclinación al delito », manifestada, entre otros indicios, por « el trato asiduo con delincuentes y maleantes », la « concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos » o la reiteración, que de ser una agravante de libre interpretación judicial pasaba así a convertirse en un estado peligroso.

La entera ley se encuadraba ya en las directrices del correccionalismo. Su misión era supuestamente preventiva y profiláctica. No disponía castigos, sino medidas tutelares como el internamiento en « colonias agrícolas », centros de trabajo y « establecimientos de custodia » o la sumisión a la vigilancia de unos delegados de la que expresamente se indicaba su « carácter tutelar o de protección ». Si la vaguedad de las descripciones legales — se hablaba secamente de « vagos habituales », sin mayor precisión — exigía de integración judicial, el sistema previsto para graduar la medida de seguridad correspondiente no se abría menos al arbitrio del magistrado: se

establecían marcos sumamente extensos, que iban del año a los cinco años, y se recurría además a la técnica de la sentencia indeterminada a fin de facilitar la individualización del tratamiento en función de las características de cada individuo peligroso.

En este contexto normativo, la economía de las circunstancias no podía ser más laxa: cuando se sustanciaba un proceso criminal por la comisión de un delito, los tribunales podían apreciar la existencia de peligrosidad, y como síntoma de la misma podían estimar unos vaporosos « hechos reguladores de la actividad antisocial, aunque no estuvieren sancionados como delictivos » (art. 9º); y en los procedimientos ante la propia jurisdicción de vagos, iniciados casi siempre a instancias de denuncia policial, los magistrados debían interrogar al sospechoso, entre otros extremos, sobre su « manera de vivir durante los cinco años anteriores » (art. 12). Se diseñaba con ello un proceso cuyo centro de gravedad recaía, por tanto, en la apreciación discrecional de las circunstancias subjetivas que pudieren revelar la peligrosidad. Los llamados estados peligrosos conformaban, en suma, definiciones que en la práctica solo podían rellenarse a través de un inventario de circunstancias subjetivas no determinadas por la ley, sino por los jueces, de modo casuístico y en aplicación de sus prejuicios morales y de clase.

La aplicación, desarrollo y reformas de esta ley componen un buen ejemplo de las funestas consecuencias que pueden tener las buenas intenciones que suponen suspensión de derechos. Los órganos encargados de aplicarla, jueces y policía, procedentes todos del régimen de la Restauración e incluso de la dictadura, con sus consiguientes inercias excluyentes y autoritarias, la convirtieron de inmediato en un procedimiento sumario con el que castigar a quienes venían padeciendo los arrestos supletorios. El régimen y organización de los centros de internamiento, parecido en algunos casos a los campos de concentración, transformó las presuntas medidas de seguridad en penas infames. Y la ley, en manos primero de las derechas antirrepublicanas, y después de la dictadura franquista, fue reformada e interpretada de modo que permitió la persecución penal de la disidencia política, la de los pequeños delitos contra la propiedad y la de la homosexualidad. Es decir, se

convirtió en un instrumento represivo, mucho más que preventivo, de primer orden <sup>(81)</sup>.

Antes de que los militares se sublevaran contra la República, en la fecha decisiva de octubre de 1934, la declinación democrática de las circunstancias experimentó el vaciamiento típico operado por las leyes especiales contra la delincuencia política. El 11 de ese mes (*Gaceta* del día 17) se sancionó una normativa antiterrorista que dejaba al « prudente arbitrio » de los tribunales la aplicación de las penas en ella previstas. Los jueces podrían utilizar las atenuantes enumeradas en el código para seleccionar el grado inferior de una pena (art. 6º), pero en lo que tocaba a su posible agravamiento, que podía implicar incluso la imposición de la de muerte, imperaría plena discrecionalidad judicial.

Tal fue, por tanto, el cuadro normativo vigente durante el tramo de la declinación democrática del modelo liberal de circunstancias. De haber subsistido el régimen republicano, posiblemente se habría conocido un novedoso sistema dual, al menos a tenor de lo que se desprende de las reformas planeadas hasta fines de 1933. Se encontraba entonces en curso un proyecto de nuevo código penal elaborado por el propio Luis Jiménez de Asúa, y sus discípulos José Arturo Rodríguez Muñoz y José Antón Oneca, cuyas bases estaban ya prontas. Esta nueva legislación punitiva quería plasmar las reivindicaciones del correccionalismo liberal y democrático, distinguiendo dos universos independientes en lo relativo a la responsabilidad: la « imputabilidad » y el « estado peligroso » (Base 3ª). Se introducía la novedad, respecto de la ley de vagos, de tomar en cuenta dicha peligrosidad solo si resultaba revelada « por la comisión de un hecho punible ». Ambos universos contaban con la organización ya sugerida en estas páginas: al de la imputabilidad le correspondía unas penas « proporcionadas a la gravedad del delito » con fines principalmente de « prevención general » (Base 9ª), y al del estado peligroso se le asociaban medidas de seguridad con fines de « prevención especial », individualizadas según la peligrosidad y de duración « absoluta o relativamente indeterminada en la ley y en la sentencia » (Base 10ª).

---

<sup>(81)</sup> Para pormenorizar en estos desarrollos, permítaseme remitirme de nuevo a *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., p. 927 ss.

La revolución en materia de circunstancias se produciría en otro plano. Era evidente que todo lo relativo a la peligrosidad y las medidas de seguridad se tornaba circunstancial. La inflexión sustantiva se daría, por tanto, a nivel de imputabilidad y de aplicación de penas. No solo es que se separasen las causas de inimputabilidad (Base 4ª) y las eximentes (Base 6ª) de la clasificación estricta de las circunstancias, recogiendo con ello una vieja reivindicación doctrinal; es que el código futuro no especificaría « las circunstancias modificativas de la responsabilidad », limitándose a consignar « una fórmula general que expresase los móviles del delito y la naturaleza del delincuente, así como la conducta anterior y posterior a la infracción ». De este modo, y moviéndose dentro del marco previsto por la ley, los tribunales fijarían « la pena conforme a su arbitrio » según las circunstancias que hubiesen discrecionalmente detectado. Solo habría una agravante explícitamente prevista: la de la reincidencia, que permitiría « al Tribunal elevar en una tercera parte el máximo de la penalidad correspondiente » (Base 11ª) (82). Como se ve, fiados a la institución de una magistratura democrática y científicamente asesorada, esta acepción, en su horizonte, entregaba la determinación de las circunstancias a un pleno arbitrio judicial, si bien limitando legalmente sus consecuencias y ciñéndolo taxativamente solo en el caso de la reincidencia.

### 3.6. *Retorno a la declinación conservadora y fuga totalitaria.*

Antes de concluir este repaso por las concreciones del modelo liberal de circunstancias, conviene dedicar unas palabras al regreso de la declinación conservadora con el código franquista de 1944. Las reformas y recuperaciones hablan por sí solas: la circunstancia mixta de la publicidad se convirtió solo en agravante (art. 10.4ª); se restauró el endurecimiento de las penas para los delitos cometidos con profanación de templos católicos (art. 10.5ª); la reiteración, de poder ser estimada, o no, por el juez, pasó a convertirse en agravante

---

(82) Véanse las ilustrativas *Bases para el nuevo Código penal*, en *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1933, p. 191 ss. Entre las propuestas, figuraba también el reconocimiento del perdón judicial.



en cualquier caso (art. 10.14); se dio carta de naturaleza legal a la exigente de legítima defensa cuando se trataba de proteger la propiedad privada (art. 10.4<sup>a</sup>); y entre las atenuantes se incluyó la de « obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia » (art. 9.7<sup>a</sup>), dando así carta legal que garantizase la relativa impunidad de los delitos cometidos por particulares en nombre de los principios nacionalcatólicos y militaristas, cuyas víctimas muy probablemente serían disidentes y represaliados. Por otra parte, se disponía la libre apreciación judicial de las circunstancias subjetivas para aquellos menores de dieciséis años, que, al momento de enjuiciarse, hubiesen superado esa edad, por si se consideraba conveniente ponerlos a disposición directa de la « Autoridad gubernativa » en vez de entregarlos a los tribunales tutelares (art. 8.2<sup>a</sup>).

También hubo modificaciones significativas en lo que hace a las reglas de aplicación de penas. Resultan, en apariencia, contradictorias, pero se hallaban en plena sintonía. Había sido tradicional ordenar la imposición de la pena en su « grado medio » para los delitos sin circunstancias; el legislador franquista revisó la regla y facultó a los tribunales para imponer la pena « en el grado que estim[asen] conveniente », una vez atendidas « la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente » (art. 61.4<sup>a</sup>). La discrecionalidad de una magistratura adicta, y las categorías ya naturalizadas del derecho penal de autor, se daban así la mano en esta vuelta de la acepción conservadora. En la exposición de motivos se argüía que con esta facultad los tribunales podrían imponer el grado mínimo de la pena, aun cuando no mediasen circunstancias, suavizando así la regla tradicional anterior; y se recordaba asimismo que la « severidad » a que podría dar consecuencia se compaginaba « con el sentido de defensa social que inspira[ba] muchas de las disposiciones del Código », como las de terrorismo o tenencia de armas <sup>(83)</sup>.

La otra reforma en este punto se situaba en la línea de construir simbólicamente la imagen de una dictadura clemente: se permitiría a los tribunales dejar de imponer la pena de muerte en los casos en

---

<sup>(83)</sup> *Códigos penales españoles*, cit., p. 1183.

que ésta constituyese el grado máximo, una vez atendidas « la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable », y se prohibía en todo caso su aplicación cuando resultase, no de la pena prevista por la ley para su infracción, sino de su agravamiento en razón de las circunstancias concurrentes (art. 61.2<sup>a</sup>). Téngase presente que semejante concesión se realizaba después de varios años de aplicación implacable, arbitraria y muchas veces extrajudicial de la pena capital, y revelaba el tránsito del régimen totalitario franquista desde las estrategias de exterminio e intimidación a las de asimilación forzada a la nueva comunidad nacionalcatólica.

Conviene, pues, recordar que esta disciplina conservadora de las circunstancias fue precedida por una legislación especial, volcada en la defensa de la integridad estatal, que tuvo su propio régimen de imputabilidad y de penalidad, cuyos tipos resultaron incorporados al código de 1944 y cuyas penas más usuales explican esta regla de clemencia judicial. Piénsese, por ejemplo, en la ley de seguridad del Estado de 20 de marzo de 1941 (*Gaceta* del 11 de abril). Derogaba todo lo concerniente a la disciplina codificada de los delitos políticos y atribuía transitoriamente su enjuiciamiento a la jurisdicción militar. El propio marco establecido para la determinación de las penas ya revela el amplísimo margen de arbitrio cedido: las horquillas podían oscilar de los doce o quince hasta los treinta años de privación de libertad, o incluso de los veinte años hasta la imposición de pena capital. La conspiración y proposición podía castigarse con penas de seis a veinte años, la provocación por medios de difusión pública, de doce a quince, y la apología, de tres a nueve años. Cuando no estaban previstas en el propio tipo, la imposición de las penas complementarias de multas o inhabilitación se dejaba a la libre apreciación de las cortes militares, una vez atendidas las circunstancias personales, económicas y objetivas. Y llegaba a instaurarse para estos delitos políticos un sistema autónomo de circunstancias atenuantes, con sus propias reglas de aplicación, que si por un lado permitía a los tribunales reducir las penas a la mitad, por el otro también les autorizaba a « desestimar la rebaja de la pena, a pesar de la concurrencia de atenuantes, en atención a la naturaleza de las mismas, y del delito enjuiciado y de las circunstancias personales del delincuente » (art. 62).

Cabe así concluir que si bien el código de 1944, que integró los tipos acuñados en esta ley, supuso un regreso reforzado de la interpretación conservadora de las circunstancias, el régimen concreto previsto en esta ley de seguridad del Estado iba más allá de los típicos vaciamientos autoritarios para los delitos políticos. La competencia de la jurisdicción castrense (también prevista en algunos de dichos vaciamientos), la extensísima amplitud de los marcos previstos por la ley y el consiguiente espacio cedido a la arbitrariedad en la apreciación de circunstancias, hasta el punto de permitirse su inaplicación, permiten, de hecho, hablar de una mutación totalitaria del modelo, diferente ya de la fisonomía liberal-conservadora examinada.

Por último, debe apuntarse también que la necesidad de recuperar el título específico de vagos y mendigos de los códigos conservadores no existía, pues se contaba ya con la legislación aludida sobre el particular, convenientemente reformada para ensanchar su campo de aplicación.

#### 4. *El modelo constitucional-ilustrado.*

Como he indicado en la introducción del presente texto, el modelo liberal que acabamos de exponer fue el más importante y duradero de la experiencia jurídica española entre los siglos XIX y XX. Tuvo, como se acaba de señalar, un punto de fuga totalitario, consagrado legalmente en 1941, pero practicado en la represión de la disidencia desde comienzos de la sublevación en 1936. Hubo, además, otro dos modelos. Ambos encontraron plasmación codificada, pero de vigencia efímera y carácter excepcional, datos que no merman en absoluto su indudable relevancia historiográfica. Si aquí los traemos a colación es por afán de exhaustividad, aunque los límites del trabajo impedirán ir más allá del mero bosquejo.

Se trata de dos sistemas de organización y concepción de las circunstancias que compartían con el modelo liberal la noción del delito como acción voluntaria consistente en la infracción de la legalidad penal; sin embargo, contaban con características propias tan decisivas que permiten considerarlos como tipos autónomos.

El primero de ellos fue el modelo engastado en los preceptos correspondientes del código de 1822. Contaba con una serie de

características que delatan su complejión independiente. Las indicaremos todas, pero puede adelantarse ya que son dos las que, por encima de todo, lo distinguían: su limitación estricta del arbitrio judicial y la apertura a la intervención de los llamados « jueces del hecho ».

La primera diferencia que llama la atención es la renuncia a los elencos cerrados de circunstancias. El legislador constitucionalista prefirió introducir enumeraciones donde se recogían las más frecuentes, pero sin perjuicio de incluir otras en los diferentes tipos delictivos. Pudiera pensarse, de forma anacrónica, que esta inclusión casuística de circunstancias obedecía a una falta de sistematización, a una deficiencia en la técnica codificadora; sin embargo, resulta más congruente enlazar este rasgo con el propósito de, por un lado, limitar al máximo la disposición jurisdiccional del derecho penal, y por otro, garantizar en todos y cada uno de los casos la proporcionalidad entre los delitos y las penas.

A esta interpretación anima la economía codificada de las reglas de aplicación de penas en atención a las circunstancias. Las penas se dividían en tres grados, dentro de los cuales los jueces contaban con un cierto margen de maniobra, pero guiados en ocasiones por la previa determinación realizada por el jurado, limitados en otros casos por las tablas de equivalencia entre penas explícitamente recogidas en la ley (art. 104) y constreñidos en cualquier caso a aplicar siempre la pena menor en caso de duda fundada (art. 111). Aunque hubiese espacio desde luego para el « prudente juicio de los jueces », cuya mayor manifestación, no casualmente, se daba para moverse en el grado menos grave de los tres, que la práctica a abatir era el arbitrio judicial procedente del antiguo régimen lo revelaban algunas interdicciones expresas: en adelante, los tribunales no podrían « jamás aumentar ni disminuir las penas prescritas por la ley sino en los casos y términos expresados » en el propio código, como tampoco podrían « variar, conmutar, dispensar, ni alterar en manera alguna las penas, ni dejar de aplicarlas » (art. 108). Si propio del modelo liberal de circunstancias era la reconciliación, y hasta el abuso, del arbitrio judicial, su concepción constitucional-ilustrada lo limitaba y aborrecía.

Con independencia de que en los tipos específicos pudieran mencionarse circunstancias, ya hemos indicado que el legislador

también enumeró las más habituales. En algunas de ellas se aprecia la inclinación ilustrada, que no es sinónima, como habitualmente se piensa, de indulgencia y benignidad sistemáticas: entre las atenuantes se contemplaba, por ejemplo, la « falta de talento ó de instrucción » (art. 107.1<sup>a</sup>), la « indigencia » (art. 107.2<sup>a</sup>), el arrepentimiento eficaz y la confesión voluntaria (arts. 107.5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup>). Combatiendo entonces el constitucionalismo contra quienes aspiraban a restaurar el mundo tradicional, se definían como agravantes la comisión del delito aprovechando « sedición, tumulto ó conmoción popular » (art. 106.6<sup>a</sup>) y « la mayor publicidad ó autoridad del sitio del delito » (art. 107.7<sup>a</sup>). Definiéndose, por último, la concepción penal ilustrada tanto por su garantismo frente a la arbitrariedad judicial como por su fin preponderante de prevención general <sup>(84)</sup>, se marcaba como agravante « la mayor necesidad que [tuviese] la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos » (art. 106.2<sup>a</sup>).

Los listados de circunstancias no se cerraban con las cláusulas de analogía incluidas en los códigos decimonónicos restantes. Si existía, en cambio, una disposición específica para aquellos casos en que se apreciase una circunstancia no prevista legalmente, pero en « perfecta semejanza y analogía con otras de las literalmente expresadas », ya fuesen agravantes o atenuantes. La peculiaridad venía dada por el órgano competente para apreciar dicha analogía: los « jueces de hecho » (art. 109). Se impedía así la creación judicial de circunstancias, facultad cedida en exclusiva al jurado, frente a la cual, los magistrados, en caso de duda fundada, podían consultar « al superior competente » sobre la pertinencia de tener en cuenta la nueva eventualidad.

Es esta intervención constitutiva del jurado <sup>(85)</sup>, que se extendía incluso, para todos aquellos casos que no estuviesen expresamente exceptuados por la ley, a la elección del grado de la pena a imponer, lo que, a mi juicio, formaba un manera completamente indepen-

---

<sup>(84)</sup> No es casual a este respecto el influjo del utilitarismo: v. M. TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del código penal de 1822*, Messina, Sicania UP, 2008, p. 86 ss.

<sup>(85)</sup> Sobre la suerte de la institución en el periodo y, sobre todo, en el código y su errática aplicación, vid. J.A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurado*, Madrid, Universidad Complutense, 1981, p. 94 ss.

diente de concebir la dimensión circunstancial del delito, asequible, ante todo y principalmente, a la ciudadanía en su acto de participación en la administración de justicia, por tratarse de una cuestión más ligada a la equidad natural que a la disciplina cerrada de los códigos.

### 5. *Modelo de la defensa social.*

Existió aún otro modelo, materializado en el código de 1928, de pretensiones científicas y sistemáticas <sup>(86)</sup>. Introdujo en este sentido la división, ya consensuada en la doctrina, entre las causas de inimputabilidad y las de justificación para tratar de las antes llamadas circunstancias eximentes. En el elenco de las causas de justificación ya se patentizaba el giro autoritario, todavía de signo liberal-conservador: entre ellas figuraba la tradicional legítima defensa, extendida ahora a la « honra » y la « propiedad » del ilegítimamente agredido (art. 58); se despenalizaban además los excesos en su ejercicio cuando fuesen consecuencia « del terror, o del arrebató y obcecación del momento », si así lo considerase probado el tribunal una vez « atendidas las circunstancias del hecho, las del lugar en que se efectúe y las personas del agresor y del agredido » (art. 59). La eximente alcanzaba expresamente la defensa del domicilio privado contra ladrones e intrusos. Los derechos patrimoniales primaban así, según dictado del código, sobre los derechos personales de los potenciales delincuentes.

El cuerpo punitivo de la dictadura alteró también notablemente, por razones de coherencia doctrinal <sup>(87)</sup>, la distribución de las circunstancias del delito, tanto atenuantes como agravantes, distin-

---

<sup>(86)</sup> Código que de todos modos estuvo precedido, desde comienzos de la dictadura en 1923, por leyes penales especiales sobre delincuencia política que continuaron la senda de los vaciamientos ya comentada, y que resultaron incluidas por lo general en el nuevo cuerpo normativo: v. J. ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, « RGLJ », 78, tomo 54 (1929), pp. 42-43. Sobre este cuerpo legal, véase igualmente G. COBO del ROSAL PÉREZ, *El proceso de elaboración del Código penal de 1928*, « AHDE », 82 (2012), pp. 561-602.

<sup>(87)</sup> Ya antes del código se diferenciaba entre las circunstancias « desde el punto de vista de la responsabilidad del agente » y las que aludían al « modo que el delito puede exceder en gravedad », E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal (parte general)*, Barce-

guiendo entre dos clases: las referidas a la infracción y las vinculadas al transgresor. Para las atenuantes, se establecía de entrada una interdicción interpretativa de carácter general, que, pese a su apariencia, más que limitar el arbitrio judicial, lo potenciaba en dirección conservadora, es decir, convirtiéndolo en instrumento de la represión estatal y no de protección de los derechos: las acciones constitutivas de circunstancias procedentes « de actos ilícitos o inmorales » no podían en ningún caso fundar atenuación de la pena (art. 63.3<sup>a</sup>) (88). En la enumeración ulterior, perfeccionada técnicamente, se daba una de cal y otra de arena, en un giro propio, otra vez, de la constitución de una dictadura militar cristiana: si el abuso de autoridad atenuaba la pena, siempre que se hubiese producido justo antes o después de haber sido sus agentes agredidos (art. 64.5<sup>a</sup>), también suavizaba el rigor de los castigos haber obrado el culpable « impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria para ganarse el sustento necesario » (art. 65.3<sup>a</sup>).

Ahora bien, las novedades mencionadas hasta ahora, de carácter sistemático y con ciertos rasgos autoritarios, no consentirían la identificación de un modelo autónomo. La hipótesis aquí sostenida, sin embargo, es que nos encontramos ante un tipo independiente. Y en apoyo de ella debe mencionarse la relevancia central de las circunstancias agravantes subjetivas, reveladoras de un « estado peligroso », que debía castigarse especialmente o tratarse con la correspondiente medida de seguridad. En efecto, el código de 1928 mencionaba, entre las agravantes ligadas a las « condiciones del infractor », la de la « vida depravada anterior » del delincuente, inferida de su conducta social y familiar y de su (mala) fama pública (art. 67.1<sup>a</sup>). Como no podía ser de otro modo en la lógica de la peligrosidad social, en ella todo se tornaba circunstancial y discrecional, pues los tribunales podían tenerla, o no, en cuenta, una vez

---

lona, Bosch, 1926, p. 324, quien se declaraba partidario de entender las agravantes solo como subjetivas (p. 340).

(88) Para determinar tal inmoralidad debe darse por supuesta la hegemonía oficial de los principios nacionalistas y católicos: v. A. QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, *Haciendo españoles: la nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Madrid, CEPC, 2008.

ponderadas las circunstancias « personales del infractor » y las objetivas de las infracciones cometidas.

El salto completo a la dinámica de los estados peligrosos no se consumaba con esta agravante, que servía, como las restantes, para endurecer la pena impuesta. Esta alteración sustantiva se producía en una sección independiente, dedicada a la « delincuencia habitual y [la] predisposición para delinquir ». Estamos ya ante la consagración penal de dos estados peligrosos con todas las consecuencias que a los mismos atribuían las doctrinas defensistas <sup>(89)</sup>. El primero era el de la llamada « multirreincidencia », que llevaba aparejada la declaración judicial de un estatus de delincuente habitual si los tribunales lo consideraban pertinente, atendidas, otra vez, las circunstancias objetivas y personales en su más amplio sentido, incluido « el género de vida llevado anteriormente » por el culpable (art. 70). Que en esta situación de peligrosidad entraban los disidentes políticos lo demuestra el que, para declararla, debían tomarse en consideración las infracciones castigadas por la jurisdicción militar. Su alcance represivo se torna visible por incluir en su régimen, no solo los delitos consumados, sino cualquier grado de responsabilidad, por mínima que fuese, de la tentativa a la conspiración, la proposición o la provocación. Y que en su disciplina no quedaba ninguna huella del correccionalismo humanista, inspirándose por entero en el defensismo de corte retributivo, lo evidencia la medida de seguridad prevista para el caso, que de cualquier modo acompañaba a la pena: la « retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles » (art. 90.7<sup>a</sup>) por « tiempo indeterminado » (art. 157).

De forma similar se regulaba la predisposición al delito, mostrada en el curso de un proceso penal: el tribunal, atendidas las circunstancias, podía declarar un estatus de « peligro social criminal » que, junto a la imposición de la pena por la infracción cometida, suponía la aplicación de una medida de seguridad seleccionada discrecionalmente por los jueces (art. 71). Las intenciones

---

<sup>(89)</sup> Uno de los principales inspiradores reconocía expresamente esta presencia de la defensa social: E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español. (Exposición y comentario)*, Barcelona, Bosch, 1929, pp. 8-9. Su sello inconfundible lo daba el pleno arbitrio judicial en la administración de medidas de seguridad (p. 12 ss.).



que animaban estas circunstancias no eran ya las de ver al sujeto peligroso como un enfermo necesitado de terapia, sino como una desviación crónica, independiente de los factores que la habían provocado, cuyo portador debía ser neutralizado y apartado de la sociedad. Las preferencias defensistas conquistaban así una posición central en el nuevo régimen codificado. Se advertía ya entonces que « los despotismos ha[bían] invocado siempre la defensa social para justificar su existencia », mas, lo que aquí interesa, por encima de su evidente coloración política, es la « revolución » que esta nueva circunstancia subjetiva, con sus correspondientes consecuencias, supuso para el « anterior sistema de las penas determinadas » <sup>(90)</sup>, cambio que nos permite, pues, considerar la concepción de las circunstancias del código de 1928 como un modelo aparte.

---

<sup>(90)</sup> ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, cit., pp. 39 y 52.