

LOS MECANISMOS DE CREACIÓN LEGISLATIVA
TRAS LA DEROGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1928:
TRES CÓDIGOS PENALES ENTRE 1931-1932

GABRIELA COBO DEL ROSAL (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LOS MECANISMOS DE CREACIÓN NORMATIVA EN MATERIA PENAL DURANTE EL SIGLO XIX: LA POCA PARTICIPACIÓN DE LAS CORTES EN EL DESARROLLO DE LA LEY PENAL.— LA DEROGACIÓN POR ANULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1928 Y LA SEGUNDA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1870.— *Peticiones de su derogación*.— EL ADVENIMIENTO DE LA *SEGUNDA REPÚBLICA* Y LA DEROGACIÓN POR ANULACIÓN.— LA SEGUNDA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE 1870 HASTA LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE 1932.— EPÍLOGO: LOS MECANISMOS DE CREACIÓN NORMATIVA DURANTE LA *SEGUNDA REPÚBLICA* Y EL *FRANQUISMO*.

(*) Doctora en Historia del Derecho, Profesora Titular Interina de la Universidad Rey Juan Carlos.

INTRODUCCIÓN

Tema de especial interés tanto histórico como jurídico es el de los mecanismos a través de los cuales se crea el Derecho en una sociedad. Es lo que técnicamente se conoce como las fuentes de creación del Derecho. Su especial interés estriba esencialmente en que el conocimiento del proceso de creación normativa evidencia el grado de estructuración y de estatalización política y jurídica de cualquier tipo de sociedad (1). Resulta innegable que en las sociedades más estatalizadas el poder político tiende a adueñarse de la capacidad creadora del Derecho y establece mecanismos específicos y concretos para ello.

El objeto del presente estudio propone observar cómo a la presencia del Ejecutivo en la creación legislativa no escapa el codificador del siglo xx español. Sin embargo, cabe matizar que ello no responde únicamente al triunfo, desde la *Revolución soviética de 1917*, de un modelo de Estado opuesto al liberal que propugna la total intervención del Estado en todos los ámbitos, incluido el Legislativo. Ya que lo cierto es que no encontramos verdaderas diferencias en la forma de legislar entre un modelo de Estado y otro, al menos en materia penal. Escogemos por ello estos dos años (1931-1932) pues, como

(1) En este sentido es de recordar las palabras del insigne A. GARCÍA GALLO, «Acostumbrados nosotros a contemplar el sistema jurídico en que nos desenvolvemos, en el que las leyes regulan los más mínimos aspectos de la vida social nos resulta difícil comprender que haya habido épocas en que esto no ha sido así», *Manual de Historia del Derecho Español*, I, 6.^a ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., 1975, p. 179.

si de una matraz de laboratorio se tratara, nos muestran a las claras cómo España ve alterada su Ley penal por tres veces, evidenciando la sintomática interrelación entre el marco constitucional con cada Código. O en su caso, evidenciando la interrelación entre las crisis de legitimidades y de legalidad constitucional, con cada nuevo Código penal. Además, nos permite constatar cómo esta tendencia del Ejecutivo a interferir en el campo del Legislativo, se sostiene a grandes rasgos de forma sorprendentemente estable e independiente a los dramáticos virajes políticos que sacudieron nuestro siglo XIX y que continuarán hasta iniciarse el siglo XX. Todo ello con independencia del color político que en cada caso ostente el Gobierno.

El hecho de partir de la derogación de un Código resulta especialmente útil pues, como veremos, la derogación aparece como un importante impulso a la hora de modificar la Ley penal.

Del estudio detallado del proceso de elaboración y entrada en vigor de todos los Códigos penales españoles, se observa que las siete derogaciones a las que asiste la Codificación penal española (2), se encuentran en buena medida en sintonía con la mencionada continuidad en lo que a los mecanismos de creación normativa se refiere.

Así, el Ejecutivo tiende a prevalecer de forma manifiesta frente al Legislativo y la provisionalidad y las constantes derogaciones marcan la pauta de nuestra Codificación penal. Unas derogaciones éstas que parten de la idea de que un cambio político importante lleva anejo la derogación de su Ley más señera, el Código penal. Y una provisionalidad, que se predica de casi todos los Códigos penales y que, si bien en principio aceleraba el proceso de promulgación de la Ley penal, también escondía la constante omisión al legítimo y público debate parlamentario.

Cabe añadir que, en buena medida, los cambios políticos han dirigido nuestra histórica política legislativa en materia penal. Hasta el punto de que podrían observarse nuestros Códigos penales

(2) Citamos los distintos Códigos penales a continuación que han regulado nuestro Derecho sancionador a lo largo de nuestra historia: 1822, 1870, 1848/50, 1928, 1870 segunda vigencia, 1932 y 1944.

como hitos de los cambios jurídico políticos en España. En este sentido, podemos decir que los Códigos penales en España son la respuesta legal que conlleva, introduce o modifica el régimen político vigente.

Resulta preciso insistir que la presencia del Ejecutivo en materia legislativa en este caso es bastante constante. Ello en gran medida debido a la pervivencia en España de un modelo de Estado autóctono que se remonta a la etapa medieval y, más concretamente, al período formativo del Estado *castellano-leonés* que se consolida en la *Baja Edad Media* como una de las primeras monarquías fuertes de toda Europa. Un modelo que acaba extendiéndose en el curso de la *Edad Moderna* al resto de los territorios de la Monarquía Católica española, por ser más operativo que el modelo procedente de la tradición constitucional de la Corona de Aragón. Pues, como sabemos, el modelo ofrecido por la Corona de Aragón entra definitivamente en quiebra tras la extinción de la línea dinástica de la *Casa de Austria* y la entronización de los *Borbones hispánicos* en la persona de Felipe V en los primeros años del siglo XVIII.

El presente estudio pretende aunar mucho de lo ya conocido con ciertas aportaciones inéditas. Para ello el coraje lo encontramos en las palabras del profesor Luis Sánchez Agesta cuando asegura que «el enriquecimiento de la Historia (al que todo *iushistoriador* aspira al menos a acercarse) no estriba muchas veces en la aportación de nuevos datos, sino en una nueva ordenación de los ya conocidos» (3).

Las precauciones en las conclusiones a las que llegamos tras este estudio y que aparecen contenidas a lo largo del mismo esperamos poder realizarlas sin acaloramiento alguno y completamente ajenas de cualquier apasionamiento político. Ello, tratando de seguir al insigne Alfonso García Gallo cuando dijera que «no hay que olvidar que nuestro Derecho no es sino la última etapa de una larga evolución» (4).

(3) L. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo español*, 3.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 53.

(4) A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, p. 179.

CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LOS MECANISMOS
DE CREACIÓN NORMATIVA EN MATERIA PENAL DURANTE EL SIGLO XIX:
LA POCA PARTICIPACIÓN DE LAS CORTES EN EL DESARROLLO
DE LA LEY PENAL.

El presente estudio es la segunda etapa de un trabajo destinado al estudio de los mecanismos de creación normativa que tienen como resultado la elaboración y promulgación de nuestros Códigos penales decimonónicos (5).

En torno a la codificación penal decimonónica, es preciso tener en cuenta que ésta surge en una etapa en la que prevalece en la mayor parte de Europa el modelo liberal de Estado. Como sabemos, el modelo liberal de Estado sostiene como uno de sus principios constitucionales básicos, la limitación de los poderes del Ejecutivo por la vía de la división de poderes. Desde este punto de vista, en el modelo del Estado liberal se circunscribe la creación legislativa como una competencia exclusiva del Legislativo. Ello, a diferencia de lo que cabría esperarse de lo que podría ocurrir en el siglo xx. Debemos recordar, que el Estado liberal, entró en crisis tras la *Primera Guerra Mundial*, y no se asienta definitivamente hasta el final de la *Segunda*, tras el agitado período de entre guerras. En este período de entreguerras, se ponen en práctica ciertas soluciones de corte dictatorial, como la del *tipo soviético* o como el *modelo fascista o nacionalsocialista*, que, por otra parte, propiciaron el nacimiento del *Estado Social de Derecho*.

En el caso de España, la Dictadura de Primo de Rivera trajo el primer corte claro con el sistema constitucional y jurídico de la restauración *canovista* (6). Sin embargo, hecha tal salvedad, lo cierto

(5) Se trata de mi Tesis doctoral «Los mecanismos de creación legislativa en la Historia del Derecho español: El proceso de elaboración del Código penal de 1928», Universidad Rey Juan Carlos, 2006, y de dos trabajos pendientes de publicarse.

(6) La historiografía no termina de ponerse de acuerdo en torno al balance negativo o positivo de la *Restauración canovista*. Citamos aquí las más seguidas visiones y explicaciones. Un balance del sistema de la *Restauración* lo propone C. SECO, *Historia del conservadurismo español. Una línea política integradora en el siglo XIX*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy S. A., 2000, pp. 281-300. *Vid.*, J. M. GARCÍA ESCUDERO, *Cánovas un hombre para*

es que en lo que a la concreción de la norma penal se refiere, no se observa a penas ninguna diferencia entre un periodo y otro.

Si partimos de la dogmática política de la división de poderes, según esta doctrina, es la Ley la máxima expresión de la voluntad popular, y por ende, el proceso de creación normativa se remite al Legislativo.

Dicho lo cual sorprende que esta marcada y constante presencia del Ejecutivo en materia legislativa resulte evidente tras un estudio detallado en torno a los procesos de elaboración y entrada en vigor de cada uno de nuestros Códigos penales decimonónicos. Pues, con la excepción del Código Penal de 1822, que sí que fue discutido por las *Cortes del Trienio*, artículo por artículo a lo largo de cincuenta

nuestro tiempo, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1998. También R. CARR, *España 1808-1975*, 8.ª ed., Barcelona, Ariel, 1998, especialmente pp. 505 y ss. También J. TUSELL y G. QUEIPO DE LLANO, «La Dictadura de Primo de Rivera como régimen político. Un intento de interpretación», *Cuadernos Económicos del ICE*, núm. 10, 1979, especialmente pp. 39-44. Su visión de las razones de la Dictadura de Primo de Rivera las expone con meridiana claridad «La monarquía es incapaz de aceptar una evolución democrática, los partidos del sistema no pueden o no quieren introducir reformas, pero el puro continuismo resulta cada vez más difícil. Por eso el ejército será la salvación de la monarquía tras la huelga general de 1917, y Primo de Rivera enterrará el sistema político para prolongar la vida de la Corona unos años más», J. SOLÉ TURA y E. AJA, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, 15.ª ed., Madrid, Siglo XXI de España, 1990, p. 79. También C. SECO SERRANO, «Regeneracionismo y tensiones sociales (en torno al Gobierno Silvela de 1899-1900)», *Homenaje a don J. Pabón. Revista de la Universidad Complutense*, vol. XXVII, núm. 113, julio-septiembre de 1978, pp. 221 y ss. Para una esclarecedora síntesis de la cuestión de las responsabilidades tras el *desastre de Annual* y la crisis política subsiguiente *Vid.*, C. SECO SERRANO, *La España de Alfonso XIII*, Madrid, Espasa Calpe, 2002, pp. 581-653, y especialmente, pp. 679-682. Sobre la actitud del monarca frente a la Dictadura primorriverista, J. L. GÓMEZ NAVARRO, *El régimen de Primo de Rivera*, Madrid, Cátedra, 1991, pp. 126-149. *Vid.*, también, la opinión de S. G. PAYNE, *Los militares y la política de la España contemporánea*, París, Ruedo Ibérico, 1968 p. 157. También parece oportuno recordar que entre 1902 y 1923 se sucedieron 33 gobiernos, de los cuales sólo cinco lograron durar más de un año. De esta quiebra ofrece una explicación sucinta pero muy clara y concreta, J. TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del Constitucionalismo español*, 10.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 115-116. A. LARIO, *El Rey, piloto sin brújula. La Corona y el sistema político de la Restauración (1875-1902)*, Madrid, UNED, 1999, especialmente pp. 351-441. Sobre la caída del régimen de la *Restauración*. *Vid.*, G. MAURA GAMAZO y M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Por qué cayó Alfonso XIII*, Madrid, Aldebarán, 1999, especialmente pp. 285-313; M. MARTÍNEZ CUADRADO, *Restauración y crisis de la monarquía (1874-1931)*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, especialmente pp. 57-118, donde trata el régimen parlamentario en la teoría y en la práctica.

y nueve Sesiones (7), a partir del Código de 1848, las Cortes tienen una intervención mínima en la elaboración de la norma penal.

Ello incluyendo el caso del Código Penal de corte *progresista* como lo fuera el Código penal de 1870. Ya que éste se elaboró de modo tan provisional que acabó recibiendo el nombre de *Código de verano* y apenas fue discutido por las *Cortes del Sexenio*, que sólo le dedicaron unas tres Sesiones (8), frente a las nueve Sesiones que dedicó la Asamblea legislativa correspondiente al que sería el Código de 1848 (9).

La elaboración del Código de 1870 fue la más rápida, y no por ello la más participativa. Las Cortes sólo tuvieron tres Sesiones para autorizar al Gobierno a promulgar el *Código de verano*. Todo ello con el público compromiso nunca cumplido de volverlo a debatir posteriormente. Dicha provisionalidad de origen, le valdría para ser el Código de mayor duración en España, ya que estuvo vigente cincuenta y ocho años y además, para ser promulgado dos veces, una en 1870 y otra en 1931.

Por su parte, y adelantando parte de lo que será un próximo estudio, el Código de 1928, tras un largo proceso administrativo no pasó por las Cortes ya que éstas no existían, pero sí pasaría por la

(7) De las que da detallada cuenta M. TORRES AGUILAR, *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Universidad degli Studi di Messina, Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei, Sicania University Press, 2008.

(8) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Congreso de los Diputados: Sesión de 13 de junio de 1870, núm. 305; Sesión de 15 de junio de 1870 y Apéndice primero al núm. 307; Sesión de 17 de junio de 1870, Apéndice 3.º, núm. 308, contiene la publicación del Código penal aprobado por las Cortes.

(9) *Diario de Sesiones de las Cortes*, Congreso de los Diputados: Sesión de 10 de marzo de 1848, núm. 79, pp. 1705-1719; Sesión de 11 de marzo de 1848, núm. 80, pp. 1723-1739; Sesión de 13 de marzo de 1848, núm. 81, pp. 1742-1759; Sesión de 14 de marzo de 1848, núm. 82, pp. 1763-1782; Sesión de 15 de marzo de 1848, núm. 83, pp. 1787-1804; Sesión de 16 de marzo de 1848, núm. 84, pp. 1809-1828. Siendo finalmente aprobado en la Sesión de 17 de marzo de 1848, núm. 85, p. 1838 y Apéndice al núm. 85, pp. 1849-1887. Acerca de todo el proceso de formación del Código penal y de la tramitación parlamentaria del Código penal de 1848, M. D. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La Codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Madrid, BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 21-49 y 57-97 respectivamente.

Asamblea Nacional, donde el texto fue paradójicamente ampliamente debatido (10). Ello probablemente buscando una legitimidad de la que siempre adoleció (11).

LA DEROGACIÓN POR ANULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1928 Y LA SEGUNDA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1870

Peticiones de su derogación

En otoño de 1929 el desgaste de la Dictadura era ya patente en absolutamente todos los sectores de la sociedad española. En la mayoría de las entidades en que aún se conservaba la opción de elegir a sus directivos solía triunfar la candidatura contraria al Gobierno.

(10) *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional* (a partir de ahora *DS* para todos los Diarios de Sesiones, y sólo para esta nota por su extensión Ss. para Sesión): Ss. de 10 de octubre de 1927, núm. 1, pp. 1-15, y Ap. (a partir de ahora Ap.) 1 al núm. 1, pp. 1-3, Ap. 3 al núm. 1, pp. 1-3; Ss. de 29 de octubre de 1927, núm. 2 pp. 1-4; Sesión de 23 de noviembre de 1927, Ap. 1 al núm. 2, en el que se publicará el Proyecto de Código penal, pp. 1-116; Ss. de 27 de noviembre de 1927, Ap. 1 al núm. 3, pp. 1-116. (Proyecto de Código penal); Ss. de 23 de noviembre de 1927, Ap. 1 al núm. 3, pp. 1-34. (Primera parte no impresa del Ap. en que se publicó el Proyecto de Código penal); Ss. de 18 de enero de 1928, núm. 10, pp. 335-347; Ss. de 20 de enero de 1928, núm. 12; Ss. de 14 de febrero de 1928, pp. 453-453 y Ap. 4.º al núm. 13, pp. 1-8; Ss. del 15 de febrero de 1928, núm. 14, pp. 497-498; Ss. de 30 de febrero de 1928, Ap. 1 al núm. 20; Ss. de 15 de marzo de 1928, Ap. 1.º al núm. 17, pp. 1-10; Ss. de 27 de marzo de 1928, núm. 17, pp. 648-669; Ss. del 28 de marzo de 1928, núm. 18, pp. 688-704; Ss. del 29 de marzo de 1928, núm. 19, pp. 719-745; Ss. del 30 de marzo de 1928, núm. 20, pp. 761-786 y Ap. al núm. 20, pp. 1-6; Ss. plenaria de 21 de mayo de 1928, núm. 21, pp. 789-794; Ss. plenaria de 30 de octubre de 1928, núm. 30, pp. 39-47. En cuanto al Código republicano de 1932, su Ley de bases fue discutida en tan solo un par de horas. En este sentido no es casual que la mayoría de las normas que contribuyen decisivamente a formar el Estado en la década conservadora 1844-1854, sean de carácter reglamentario y revistan la forma de Decretos que no pasan por las Cortes. *DS Cortes Constituyentes*, Ss. de 16 de junio de 1932, Apéndice 7.º al núm. 185; *DS Cortes Constituyentes*, Ss. de 6 de septiembre de 1932, núm. 230. Finalmente, el Código Penal de 1944 sólo pasó por comisiones gubernativas, lo que no le impidió que recogiese parte de la normativa del Código de 1932 y que estuviere vigente 51 años, 18 de los cuales bajo un régimen democrático.

(11) *Vid.*, M. GARCÍA CANALES, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980. También, C. SECO SERRANO, *Militarismo y Civilismo en la España Contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984, especialmente p. 315.

La mañana del martes 28 de enero de 1930 el rey recibía la dimisión del General Primo de Rivera y ofrecía al también General, Dámaso Berenguer, la formación del nuevo Gobierno haciéndose pública la crisis aquella misma noche (12).

Caída ya la Dictadura, no sorprende que las críticas en torno al Código aumentaran considerablemente, sucediéndose numerosas protestas a cuya cabeza cabe mencionar la que dirigió el del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid de 12 de abril de 1930, ya en la «Dictablanda» de Berenguer, solicitando de los poderes públicos la desaparición de éste nuevo Código penal y la restitución del viejo *Código de verano*. El oportunismo político obligaba a curarse en salud.

A través de una *Real Orden de 24 de febrero de 1931* rectificada el día 26 del mismo mes, el Ministerio de Gracia y Justicia reclamó *Informes* al Tribunal Supremo, a la Comisión de Códigos y a los Colegios de Abogados de las capitales de provincia, para que se pronunciaran acerca del Código penal de 1928.

La citada *Real Orden* recogía el catálogo de medidas que, en todo caso, debían permanecer por ser éstas más beneficiosas para el reo (13). A través de esta Orden regia, se disponía además que las

(12) Como rotundo enfrentamiento a la misma, se interpreta también el hecho de que fueran elegidos por el Colegio de Abogados de Madrid como sus representantes las personalidades más destacadas de la oposición a la Dictadura así como la elección de Miguel de Unamuno como representante de la Universidad de Valladolid. Ejemplo de ello será también la elección por parte del Colegio de Abogados de Madrid para representarle en la Asamblea Nacional a los colegiales, J. Sánchez Guerra, detenido por un complot político, S. de Alba y E. Ortega y Gasset, exiliados en Francia, A. PEDROL RIUS, «Los Colegios de Abogados y la Dictadura de Primo de Rivera», *Boletín del Colegio de Abogados*, Madrid, 1983-3, pp. 25-26.

(13) Así, dirá que: «Un examen detenido e imparcial de sus preceptos, obliga a reconocer que parte de ellos, entre otros los que se refieren a la cancelación de antecedentes penales, rehabilitación de los penados, condena y libertad condicionales, reducción del periodo de aislamiento celular, deberían ser mantenidos no obstante su origen, por redundar en beneficio de los reos y por constituir los primeros, un verdadero progreso, impuesto por las exigencias de los tiempos y el avance de las ideas, sobre aquellos contenidos en el Código que regía legalmente. Pero en cambio, este mismo examen aconseja modificar otros que han suscitado el recelo y la protesta de varios sectores de opinión». Dicha disposición además preveía «la necesidad de establecer normas que salvaran las

Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados de las capitales de provincia, en un brevísimo plazo de quince días, debían enviar directamente a la Comisión de Códigos un *Informe* comprensivo de los preceptos del Código penal de 8 de septiembre de 1928 que, a su juicio, debían quedar vigentes, así como de aquellos que estimaran que podían ser derogados y de las dificultades que hubiera ofrecido su aplicación conjunta con el de 1870 (14).

El resultado fue desastroso. De todos los *Informes* emitidos por los Colegios de Abogados, casi únicamente el de Madrid entró verdaderamente a valorar ciertos aspectos materiales del mismo, si bien dentro de un tono general descalificador (15).

En definitiva, todos los Colegios de Abogados suscribieron el refrendo de la Asamblea General extraordinaria celebrada el 23 de marzo de 1930 que adoptó por unanimidad el acuerdo de solicitar del Ministerio de Gracia y Justicia la derogación del Código penal de 1928 y el restablecimiento del Código de 1870 mientras no lo modificaran las Cortes (16).

dificultades inherentes a la aplicación que de ambos Códigos venían realizando los Tribunales y que había que armonizar con cualquier resolución modificativa de la situación de hecho existente». Real Orden de 24 de febrero de 1931, *Gaceta de Madrid* de 26 de febrero de 1931.

(14) Se planteaba así una reforma que partiese de un Código ya vigente en la que la Sección Tercera de la Comisión general de Códigos, en otro plazo de veinte días, debía elevar al Ministerio de Justicia una propuesta como resultado del detenido estudio de los citados *Informes*. Dichos *Informes* debían remitirse además a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo cuyo parecer también debía ser escuchado en un plazo de diez días contados desde su recepción.

(15) Dicho Informe del Colegio de Abogados de Madrid de 1 de mayo de 1931 recoge una muy interesante crítica al contenido del Código penal de 1928. Todos los Informes de los distintos Colegios de Abogados de las capitales de provincia de España se pueden consultar en el Archivo de la Comisión General de Codificación (a partir de ahora ACGC) Leg. 28, Doc. 31. De una manera menos detallada, lo haría también el de Zaragoza pero ello, no sin antes pronunciarse radicalmente a favor de su inmediata derogación, ACGC, Leg. 28, Doc. 52. Excepcionales serán los Informes que realicen el Colegio de Abacete y el de San Sebastián que solicitará la derogación del mismo pero respetando las disposiciones favorables al reo. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, vol. 5-I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 744 ofrece una breve síntesis de las peticiones de derogación del Código por parte de los restantes Colegios de Abogados.

(16) «(...) Por todo lo expuesto se propone a la Junta general de este Ilustre Colegio que adopte el acuerdo de dirigirse al Gobierno solicitando de su autoridad la declaración

En todo este debate, lo realmente interesante sería reflexionar sobre los argumentos que estos organismos esgrimían a favor de la derogación inmediata del Código de 1928, cuando no de su simple «desaparición» (17). Pero ello nos obligaría a entrar en el espinoso tema de la ilegalidad y de la ilegitimidad de la legislación de la Dictadura de Primo de Rivera y ello nos sacaría de nuestro tema principal (18).

Sin embargo, sí puede venir al caso resaltar el hecho de que todos los *Informes* en que se solicitaba la derogación del Código tenían en común la denuncia de la ilegalidad e ilegitimidad con que la norma se había aprobado.

derogatoria del llamado Código penal de 1928 y el restablecimiento del Código de 1870 en plenitud de su vigencia», Dictamen de la ponencia dirigida por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, solicitando del Ministro de Justicia la derogación del Código penal de 1928, Madrid, 29 de marzo de 1930. Manuel Antolín Becerro de Bengoa, uno de sus redactores, redactaría un voto particular desmarcándose de dicha voluntad derogatoria para proponer «(...) Enfocada así la cuestión, y sin entrar a discurrir siquiera sobre la legitimidad de ese Poder transitorio, que lo fue tan sólo de hecho, me permito estimar que la propuesta nace viciada de propia incongruencia si la petición de que se eumpra o derogue el Código penal de 1928 no se hace extensiva, sin distingos, reservas, ni demoras, a cuantas disposiciones fueron producidas con el nombre o carácter de Real decreto-ley desde 13 de septiembre de 1923 a 1.º de febrero de 1930, porque siendo común la bastardía de origen, nada justifica que por excepción se concrete y limite la repulsa a la mencionada ordenación penal (...) Reclámese con urgencia su revisión y reforma en la medida y extensión que se considere adecuada y necesaria; pero no se incurra en la contradicción de que hombres de ley que un día acuden al Gobierno pidiéndole la supresión del Código penal por su ilegítima procedencia, al siguiente vistan la toga para pedir ante los Tribunales el reconocimiento o la declaración de derechos dominicales o sucesorios, o de cualquier otra índole, en favor de sus clientes, invocando como fundamento Decretos-leyes gemelos de aquel Código, por ser producto del mismo Poder, que no es dable tachar de ilegítimo o legítimo, según sea la disciplina por él promulgada que convenga en cada caso invocar». ACGC, Leg. 28, Carpeta 0, Doc. Único.

(17) Pues, como dijera el Colegio de Abogados de Gerona, «manifiesta su criterio favorable a la *desaparición* del Código de 1928; no a su derogación, porque solo las leyes pueden derogarse». Informe Colegio de Abogados de Gerona emitido el 9 de marzo de 1931, ACGC, Leg. 28, Doc. 18. En el mismo sentido se pronunciaría en la ponencia presentada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, «(...) En rigor de principios esta pretendida ley penal debiera ser proclamada de inexistente en el sentido jurídico y, por tanto, incapaz de desplegar ninguna eficacia como tal ley, cuya consideración estricta viene a faltarle hasta para ser materia de derogación legislativa». Informe del Colegio de Abogados de Madrid, ACGC, Leg. 28, Doc. 31.

(18) Para un primer estudio parece conveniente comenzar revisando dos autores de ideologías opuestas: C. SCHMITT, *Legalidad y Legitimidad*, Trad. José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 4-5, y E. DÍAZ, *Legalidad versus legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978.

Es especialmente representativa la opinión del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Ello no sólo por ser la más prolija y detallada en este asunto, sino porque otros Colegios suscribieron directamente lo esgrimido por éste (19). Además, hay que tener en cuenta que su redactor fue el abogado y Decano de dicho Colegio, Ángel Ossorio y Gallardo, futuro colaborador indirecto en las tareas encaminadas a la elaboración del siguiente Código penal de 1932. Ello en la medida en que hasta el 11 de agosto de 1931 fue el Presidente de la *Comisión Jurídica Asesora* (20).

Los argumentos se centraban prácticamente todos en torno a la génesis del Código penal de la Dictadura de Primo de Rivera. Hasta el punto de que muchos se negaron abiertamente a valorar el Código «por carecer de las condiciones de legitimidad constitucional indispensables para su viabilidad y debido acatamiento; llevando ello consigo como forzosa consecuencia, la aspiración reiteradamente formulada, de su derogación, y del restablecimiento de la vigencia del de 1870 único hasta ahora con carácter y consistencia de verdadera ley» (21).

A dicha argumentación se añadía que, en la derogación no cabían las medias tintas (22), y que ésta debía ser total ya que se entendía que;

(19) Tal fue el caso del Informe de Colegio de Abogados de Valencia, ACGC, Leg. 28, Doc. 43.

(20) Que sustituirá durante la *Segunda República* a la Comisión General de Codificación.

(21) Informe Colegio de Abogados de Cádiz, ACGC, Leg. 28, Carpeta 1, Doc. 15. En este sentido, es de mencionar que el Informe presentado por el Colegio de Abogados de Sevilla se limita únicamente a enumerar las razones por las que no entiende que deba entrar a valorar su contenido sumándose así, a la petición de su total derogación. Informe Colegio de Abogados de Sevilla, Leg. 28, Documento 43.

(22) «Cuando las Cortes acometan la reforma del Código penal, tendrá este Colegio honor y gusto en colaborar al empeño, hasta donde sus medios alcancen. Mientras tanto, no puede entrar en contemporizaciones, enmiendas ni regateos. Su deber es protestar contra todas las invasiones de los Gobiernos en la esfera legislativa y en la judicial, y pedir al actual respetuosamente, serenamente, que saque a España del trance afflictivo de soportar legislaciones emanadas del poder personal. Si entre ellas cupiera destacar las que más perturban, desprestigian y confunden al país, habría que colocar en primer término precisamente el Código penal de 1928 en el que los errores de pensamiento y de redacción pierden toda su importancia ante la impureza del origen». «Para tratar, pues, simplemente de revisar y reformar aquel, gubernativamente también, estima esta Junta, que preferible será desistir

«El Código penal gubernativo, impuesto por el Real Decreto de 8 de septiembre de 1928, previo acuerdo del primer Consejo de Ministros de la Dictadura, adolece, por esta sola razón de ilegítima procedencia, del más rotundo vicio de ilegalidad, que sin mejor aumento reclamaría ya con radical energía de justicia la inmediata desaparición de unas normas sancionadoras de tan bastardo origen» (23).

Y ello porque;

«Solamente por una ley, emanada de sus órganos constitucionales y con el amparo de su prestigiosa solemnidad, que es el centro de todas las garantías, pueden establecerse categorías penales que definan delitos y determinen sanciones. Un Código penal es según, se ha dicho con certera frase, la *carta magna* del delincuente; pero es también, por esto mismo, la norma de abstención que fija límites a la conducta honrada de la generalidad. En razón de ello se ha producido el axioma jurídico *nullum crimen nulla poena sine lege*, que en trance de garantía formal fue expresado positivamente en el artículo 16 de la destruida Constitución y en el artículo 22 del Código penal de 1870, para caer más tarde en un remedio ridículo al repetirse en el artículo 1.º del que se dice vigente, reiterando la misma prohibición sin advertir la propia inconsecuencia de su ordenanza penal constituida por decisión ejecutoria del Estado de policía. Contrariamente a tan esencial principio, el seudo Código gubernativo, sin proceso legislativo alguno, ha creado nuevas figuras de delito y nuevos métodos de punición» (24).

Llegados a este punto, es preciso advertir de lo peligroso que resulta desde el punto de vista de la técnica jurídica la declaración de ilegalidad de cualquier norma o Código que haya generado ya jurisprudencia, y muy especialmente en materia penal. Ello por ser ésta última y sin lugar a dudas, la parte más sensible del ordenamiento jurídico. Una circunstancia de la que era plenamente consciente el propio Ossorio y Gallardo, cuando afirmaba que:

de tal empeño, ya que sean cuales fueren las reformas parciales que en él se introdujeran, adolecerían siempre de aquel mismo vicio de origen», Informe Colegio de Abogados de Cádiz, ACGC, Leg. 28, Carpeta 1, Doc. 15.

(23) Informe del Colegio de Abogados de Madrid, ACGC, Leg. 28, Doc. 31.

(24) Informe del Colegio de Abogados de Madrid, ACGC, Leg. 28, Doc. 31.

«(...) Por iguales razones (favorables a su inexistencia) nunca hubiera tenido el Decreto Código de 1928 poder derogatorio sobre la auténtica legalidad de 1870, de no haber tropezado la Dictadura con una jurisdicción demasiado temerosa y dispuesta a comprometer su propia responsabilidad en obediencia rendida aunque no obligada. De donde se deduce que sin acudir a expedientes de formal derogación habría bastado simplemente que la excitación del Ministerio público recientemente ejercitada con error en postular pro la disciplina de Decreto, se hubiera orientado en el justo sentido de tener por vigente en toda su plenitud el venerable Código del 70. *Pero no puede tampoco desconocerse que la aplicación repetidamente derogada por la nueva disciplina punitiva en sucesivas sentencias de nuestros Tribunales intercede con toda la eficacia que la autoridad de la cosa juzgada lleva en sí, para convertir en concretos estados de derecho, consistentes en otras tantas particulares definiciones de responsabilidad individual, los que solo hubieran sido, sin esta formal circunstancia, posiciones de hecho sin otro valor de relevancia jurídica que su propia antijuridicidad.* Sólo, pues, en virtud de esta aportación jurisdiccional del problema y para no traer en causa a los Tribunales de la nación por los fallos que dictaron, ni revisar condenar definitivamente pronunciadas, ni herir en suma, una razón de continuidad y equilibrio social, es necesario acudir en expediente de ficción jurídica a reputar instantáneamente que el Código de 1928 sea tenido por ley para el efecto inmediato de su derogación estableciendo, en consecuencia, un régimen de sucesión de normas penales, por cuya virtud la de 1928, derogada, sea sustituida por la de 1870, restablecida (...)» (25).

El matiz era importante en la medida en que anteponía la seguridad jurídica a consideraciones más que loables pero inconvenientes en este caso concreto.

La ilegitimidad de la Dictadura de Primo de Rivera era evidente. Dicha circunstancia era sobradamente conocida por los contemporáneos como lo es por cualquier historiador actual. Tal ilegitimidad subyacía subliminalmente en los propios autores del Código Penal quienes consideran esta circunstancia su pecado original. De hecho lucharán constantemente por conseguir formalmente esta legitimidad convertida en su gran frustración (26).

(25) Informe del Colegio de Abogados de Madrid, ACGC, Leg. 28, Doc. 31.

(26) M GARCÍA CANALES, *El problema constitucional*, op. cit.

La controversia política e ideológica es entendible y muy enriquecedora. Especialmente, porque respondía a la crisis del Estado liberal y a la crisis de legitimidad y legalidad constitucional y sentaría las bases para la próxima democracia. El problema surge cuando el apasionamiento político trasciende al Derecho positivo.

Y es que, la ilegitimidad reconocida por todos del Régimen de la Dictadura de Primo de Rivera, no lleva ni a la doctrina ni a la historiografía a tachar de ilegítima toda la legislación promulgada en España antes de las elecciones de finales de 1933 cuando las mujeres se incorporan con sus votos. Porque ello llevaría a discutir la legitimidad de las leyes aprobadas por las Cortes elegidas por sufragio censitario. Y la de toda la legislación de *Antiguo Régimen* incluyendo la legislación de las Cortes medievales, nada democráticas; la de las *pragmáticas* regias, dictadas sin concurso de asamblea estamental alguna o la de los *autos acordados* borbónicos, dictados por técnicos al servicio del rey y promulgados por el monarca sin contar con *el pueblo*. Asumir tal criterio, trasponer el ideal jurídico del siglo XXI al pasado histórico no es sólo absurdo, sino irreal.

Nuestro Derecho histórico fue tan Derecho como el actual, en la medida en que fue creado a través de los cauces que en cada momento tenían la fuerza necesaria para crear Derecho y hacerlo respetar. En realidad, lo importante desde el punto de vista histórico jurídico, es descubrir en qué medida los cauces de creación del Derecho, las fuentes del Derecho, ofrecen productos normativos adecuados al momento en el que surgen, al margen de apriorismos ideológicos que, por lo general, son flor de un día.

Desde este punto de vista, el Código Penal de 1928 en ciertos aspectos parecía más adecuado a los tiempos para los que se promulgó que el obsoleto Código de 1870. Y ello aunque sólo fuera porque habían pasado cincuenta y ocho años desde que se promulgó.

Jiménez de Asúa, Ossorio y Gallardo y los demás autores del Código de 1932 no entraron verdaderamente a juzgar las razones técnicas para ensalzar el Código de 1870 frente al de 1928. En este sentido, cabe mencionarse que figuras de total actualidad como la punición de la conducción de automóvil sin carnet o la tenencia ilí-

cita de armas, que en el de 1870 eran tan sólo unas faltas, parece que respondían mejor a la situación del momento. Por ello, con su derogación en 1928, se beneficiaron no pocos reos como demuestran las sentencias del Tribunal Supremo, que al hilo de su anulación, se vieron obligados a dejar impunes semejantes actos en virtud del principio de la retroactividad de la Ley penal más favorable al reo (27).

Con la perspectiva histórica actual, nos damos cuenta de que con el Código penal de 1928, por vez primera, se hace un intento serio de derribar el vetusto edificio decimonónico de la legislación penal. Ello con la intención de adaptarla a otros tiempos en los que las consideraciones sociales cobran un papel preponderante frente al control absoluto del Estado y del aparato legislativo que venía ejerciendo la oligarquía burguesa en España desde el reinado de Isabel II.

Cabe decir además, que se dio un impulso decisivo a la reforma legislativa de la que surgió el Código penal de 1932, que surge como reacción al de 1928 (28). Del mismo modo que la Constitución de Cádiz de 1812 en su día fue una respuesta al Estatuto de Bayona de 1808, lo que permite afirmar que fue Napoleón el impulsor del constitucionalismo decimonónico en España al propiciar la ruptura con el *Antiguo Régimen*, aunque sólo fuera por reacción.

Las voces mayoritarias entendían que había que derogar el Código por completo y obviar cualquier tipo de término medio. Esto es, para construir había necesariamente que destruir. He ahí una vez más, la inevitable inercia que ha guiado la Codificación penal española.

(27) Ejemplo de la impunidad en que quedó el conducir sin carnet lo son: STS de 29 de enero de 1932, núm. 44; STC de 18 de febrero de 1932, núm. 66; STS de 17 de mayo de 1932, núm. 187. Ejemplos de esta jurisprudencia en concreto con la impunidad en que quedó la tenencia ilícita de armas podrán serlo las siguientes: STS de 15 de diciembre de 1931, núm. 140; STS de 21 de marzo de 1932, núm. 107; STS de 29 de marzo de 1932, núm. 121; STS de 7 de abril de 1932, núm. 135, STS de 9 de mayo de 1932, núm. 176.

(28) Así lo reconocía el propio Dictamen del Colegio de abogados de Madrid al señalar que «solo una cosa puede lícitamente hacer un Gobierno con el Código: derogarlo. Lo que gubernativamente nació, gubernativamente puede morir: con mayor motivo cuanto que el nacimiento implicó la destrucción del Código legítimo y la muerte implicaría su restauración.», Informe del Colegio de Abogados de Madrid, ACGC, Leg. 28, Doc. 31.

Más templada se mostraría la Sección Tercera de la Comisión General de Codificación. Ésta reiteró la opinión manifestada cuando presentó el Proyecto en 1927. Entendía que dicha Ley penal debía sustituir al Código penal de 1870, manifestaría el difícil trance por el que hubo de pasar al no haber entrado a valorar el Código la inmensa mayoría de los precitados Colegios. Además, eludiría pronunciarse en torno a la derogación, por entender que carecía de competencia para ello, «no sólo por no haber sido pedido su parecer sobre este extremo, sino por entender que la promulgación o derogación de las disposiciones legales son funciones propias del Gobierno» que solamente podían entrar a conocer la oportunidad de los actos.

Además, recordaría la citada Sección Tercera, que el 2 de julio había solicitado del Ministerio que se abriera información entre los Tribunales y Ministerio Fiscal acerca del resultado de la aplicación del Código penal sin obtener ningún éxito. Y concluiría diciendo que no podía dictaminar acerca de los artículos que debían perdurar o modificarse por carecer de elementos que le dieran a conocer el resultado favorable o desfavorable de su aplicación. Lo que nos lleva a considerar que el talón de Aquiles de la Dictadura era la ausencia de una base jurídica.

En este sentido, cabe decir que el verdadero problema del régimen no lo será únicamente el hecho de fuera peor que el ofrecido al final de la etapa de la *Restauración*, su verdadero pecado será en que lo parecía. Y es que, el sistema de la *Restauración*, el de la oligarquía, era un sistema arbitrario pero estaba cohesionado por la existencia de un armazón jurídico que amortiguaba su mal funcionamiento y que, en suma, legitimaba sus disfunciones (29). Ortega y Gasset lo dirá con meridiana claridad:

«(...) no queda dibujado adecuadamente el hecho cuando se dice que el Estado español dejó de ser un Estado jurídico al rebelarse en Dictadura. Resulta falso decir esto sólo, porque la

(29) En este sentido, M. GARCÍA CANALES, *El problema Constitucional...*, op. cit., p. 51, nota 51 que suscribe las palabras de R. OLIVEIRA, *Historia de España*, México, Ediciones México, 1953, «La oligarquía y el rey contra el dictador».

Dictadura no surgió por generación espontánea, sin nexo con el pasado. Es evidente que si el Estado creyó forzoso entregarse a los peligros superlativos que acarrea una Dictadura, fue porque no podía sostener ni siquiera las últimas espectrales apariencias de su legalidad» (30).

EL ADVENIMIENTO DE LA *SEGUNDA REPÚBLICA* Y LA DEROGACIÓN POR ANULACIÓN

Sin entrar en el tema de la legitimidad parece justo al menos mencionar algún rasgo de la posible controversia en torno a este asunto, tal y como lo hemos hecho en el caso anterior. Puede recordarse que la *Segunda República* surgió de una forma un tanto anómala, pues no podía abolirse la Monarquía en unas elecciones municipales, y mucho menos, teniendo en cuenta que fueron ganadas por los monárquicos. De tal anomalía, no sorprende el modo en que el Comité Provisional, *anuló* el Código de 1928:

«Artículo 1.º “Queda anulado, sin ningún valor ni efecto, el titulado Código penal de 1928. Igual declaración de nulidad se extiende a todos los titulados decretos-leyes de la Dictadura, que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de Penas”» (31).

Así, y de una manera poco ortodoxa, comenzaba a legislar en materia penal la *Segunda República* española mediante el *Decreto de 15 de abril de 1931* por el que *anulaba* el Código Penal de 1928 (32).

(30) J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, t. XI, Madrid, Revista de Occidente, 1969, p. 283.

(31) Decreto de 14 de abril de 1931, *Gaceta de Madrid* 15 de abril de 1931.

(32) Dicha anulación fue defendida fundamentalmente por JIMÉNEZ DE ASÚA, quien en su discurso de defensa del Proyecto de Código de 1932 penal ante las Cortes donde aseguró que «uno de los hechos más relevantes de la República ha sido el declararlo nulo. Al día siguiente de proclamada la República, por decreto se establece la nulidad de este Código penal faccioso, así como de todos aquellos decretos que hayan definido, modificado delitos o fijado penas, indicándose de esta manera que sólo las leyes votadas en Cortes pueden tener carácter obligatorio», *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8493.

Es curioso que un régimen surgido de forma anodina y con un Gobierno provisional no elegido democráticamente, sea el que derogue una legislación por ilegítima. Es preciso recordar que la República, hasta las elecciones legislativas de 1931, no recupera totalmente su legitimidad. Dicho lo cual no nos lleva a tachar de ilegítima o ilegal su actividad que, bajo los mismos estrechos parámetros anteriormente mentados y en puridad técnico-jurídica, nos podría llevar a concluir que un Gobierno antidemocrático sustituía a otro.

Volviendo al objeto central de la presente investigación, cabe decir que con esta anulación, que no con su simple derogación, entraba en vigor de forma automática el Código penal de 1870.

Podría pensarse que fueron muchas las razones que llevaron al Gobierno de la *Segunda República* a evitar utilizar la fórmula de rigor de la derogación y recurrir a la extraña de la *anulación*. De la lectura de los Informes que solicitaban su derogación cabe entender que se quería transmitir que esa etapa, en nuestro caso jurídico penal, no había existido. Ello sin tener en cuenta los problemas que trajo tan retórica fórmula de derogación, pues *strictu sensu*, no era, sino una nulidad, lo que provocó gran confusión en la aplicación jurisdiccional del Código penal a los casos concretos.

Primaba pues la pura retórica política más que el rigor jurídico que comportaba la derogación (33). Así, en nuestro caso, referido a la Ley más señera de la Dictadura, como lo fue el Código penal de 1928, se prefirió llevar a cabo el cese de su vigencia, no a través de una derogación, como desde siempre había sucedido en la Codifica-

(33) «Ello responde al espíritu que presidió la redacción del Estatuto jurídico del Gobierno provisional de la *Segunda República* que rigió entre el 14 de abril de 1931 y la entrada en vigor de la Constitución de 9 de diciembre del mismo año en cuyo apartado Segundo se adoptó “como norma depuradora del Estado” abrir expediente de revisión en los organismos oficiales, civiles y militares, a fin de que no resulte consagrada la prevaricación ni acatada la arbitrariedad habitual en el régimen que termina». Recogido por J. MERINO, *Año 1931: las Cortes condenan al Rey*, Madrid, Espejo de Tinta, 2005, p. 72. Sobre los principios informadores del Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional, *vid.*, J. GIL PECHARROMÁN, *La Segunda República*, Madrid, Alba Libros, 2005, pp. 30-31, e *id.*, *Los orígenes de la Segunda República española: Anatomía de una transición*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, especialmente sugestivas resultan las pp. 290-293.

ción española, sino con una entusiástica nulidad que pretendió cerrar los ojos a la realidad histórica de que el Código penal de 1928, había existido, se había aplicado, y había creado una serie de importantes modificaciones para la ciudadanía española.

Así, el Código penal desaparece de manera tan atropellada y fulminante como había entrado en vigor. Sin una participación real de la soberanía popular en detrimento de la más elemental seguridad y certeza jurídica. Así, y en absoluta contradicción con la provisionalidad que vio nacer por primera vez el Código de 1870, el no menos provisional Gobierno de la República, publicaba el precitado *Decreto de 15 de abril de 1931* por el que *anulaba* el Código Penal de 1928;

«Por haber sido uno de los mayores desafueros dictatoriales, contrario a los principios básicos de cultura jurídica, el uso y abuso al cabo sistemático de las Ordenanzas penales, absolutamente nulas, el Gobierno de la República, recogiendo las protestas casi unánimes que contra ese atentado a la libertad y a los principios jurídicos habían formulado la opinión pública y las colectividades profesionales» (34).

Se procedió casi de igual manera que en la promulgación del Código de 1928. Esto es, ofreciendo una amplia amnistía primero y un mayor indulto después constituyendo en todo caso ambas disposiciones entendidas en su conjunto, una verdadera burla a la Administración de Justicia concretada en las Sentencias del Tribunal Supremo.

Así, el *Decreto de 14 de abril de 1931* publicaba una *amnistía* desarrollada por otro *Decreto de 15 de abril*, a través de tres artículos que anulaban las sentencias condenatorias firmes por los efectos de la

(34) Algunas de las razones para derogar el Código de 1928 por el Decreto de 15 de abril de 1931 se encuentran expresadas en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* de la Segunda República española, Proyecto de Ley sobre Vagos y Maleantes. Escogemos muy a propósito esta Ley, pues, si bien en muchas otras Leyes de la República se exponen las razones justificadoras de la pronta anulación del Código de 1928, precisamente elegimos ésta, porque su sorprendente contenido represor de los Derechos Fundamentales contrasta de manera manifiesta con las razones que aduce para justificar dicha derogación-anulación, *DS Cortes Constituyentes*, Apéndice 2.º al núm. 236, de 25 de abril de 1933, pp. 1-5.

amnistía y para las causas de tramitación. Se aplicaba esta *amnistía* a todos los delitos políticos, sociales y de imprenta, fuera cual fuera el estado en que se encontrara el proceso, incluyendo los ya fallados definitivamente. Únicamente se exceptuaban los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y los de injuria y calumnia a particulares perseguidos en virtud de querrela(35).

En el Decreto citado que dio muerte definitiva al Código del 28 pretendían atemperarse los efectos de la posible severidad de la aplicación del mismo. Por ello, tras decretar su anulación, se procedió a anular el efecto de las sentencias que hubieran fallado en la aplicación del Código de 1928 con un criterio más severo que el contemplado en el Código de 1870(36).

En armonía con el citado Decreto de amnistía otro Decreto otorgará el indulto total para las penas correccionales que cumplían aquellos

(35) Decreto de 14 de abril de 1931, *Gaceta de Madrid*, 15 de abril de 1931.

(36) Se decretó en su artículo segundo, «Cuando por virtud de los preceptos a que alude el artículo anterior se hubieran dictado sentencias condenatorias firmes, más severas que las permitidas por la legislación penal legítima, se procederá de oficio, a instancia de parte o del Ministerio fiscal, a rectificarlas por vía de indulto. Si el hecho castigado no fuera penable conforme a las disposiciones de procedencia legislativa, el total indulto llevará consigo para el caso particular en que se aplique, los efectos extintivos de la amnistía». En el caso de que «las disposiciones penales de la Dictadura hubieran permitido sentencias más favorables al reo, se entenderán convalidadas por indulto general tácito que las rectifique» por el artículo tercero de la misma disposición. Finalmente, regulará la manera en la que se procederá en los casos en que «Para restablecer en los procesos pendientes la aplicación de los preceptos legislativos, se aplicarán, según el periodo procesal en que las causas se encuentren, las siguientes reglas: a) Si se hubiere procedido a la calificación provisional, pero aún no se hubiera celebrado la vista, la rectificación procedente con las citas legales oportunas, se hará en el escrito de conclusiones definitivas. b) Si celebrada la vista estuviera aún la causa pendiente de sentencia, el Tribunal aplicará de oficio y sin más trámites el criterio de legalidad que establece el artículo primero de este Decreto y la solución, siempre más favorable al reo, que regulan el segundo y el tercero. c) Si dictada la sentencia no fuese firme por estar preparado recurso de casación, aún no interpuesto, éste habrá de señalar las infracciones basándose en los preceptos legislativos. d) Si interpuesto recurso de casación estuviera sustanciándose pasará de nuevo a la parte recurrente por término de cinco días, para que adapte las infracciones que alegue a los preceptos de origen legislativo y, del recurso así modificado se instruirán la tramitación conforme a derecho». Decreto de 15 de abril de 1931, *Gaceta de Madrid* de 16 de abril de 1931. Ejemplo de la aplicación de éste último apartado d) lo será la STS de 15 de marzo de 1932 por la que se entiende que anulado el Código penal de 1928 resultaba de aplicación el de 1870 a todos los hechos sobre los que no se haya dictado sentencia firme.

condenados a los que les faltaran menos de cuatro años para cumplir la pena, y reducía a la mitad la condena de los restantes penados (37).

Un indulto tan amplio fue muy criticado por la doctrina empezando por el propio Jiménez de Asúa (38). De hecho fue prohibido posteriormente por la propia Constitución republicana (39).

La crítica era fundada, pues el indulto recogía aspectos superfluos como, por ejemplo, la eficacia de las leyes más beneficiosas aunque fuesen posteriores (retroactividad de la ley penal más beneficiosa) con clara lesión del principio general de certeza jurídica que, por lo general, todas estas disposiciones de gracia conllevan. Lo que, en

(37) Eso sí, se exigía cierto compromiso por parte de los indultados de no reincidir en el exiguo plazo de un año para los que eran condenados a arresto menor, tres años para los que lo hubiesen sido a prisión o presidio correccional, y seis para los que lo hubiese sido a pena aflictiva. Se establece como requisito indispensable, para gozar del beneficio de dicho indulto, que si el indultado no se estuviera por cualquier causa cumpliendo condena debía comparecer en el plazo de un mes ante la Autoridad penitenciaria correspondiente para legalizar su situación y comunicar su residencia. Asimismo, se concedería el beneficio de la libertad provisional a los procesados contra los cuales la petición acusatoria formulada o presunta por apreciación discrecional del Juez durante el sumario, fuere de pena aflictiva estableciéndose como requisito para gozar de tal beneficio, el que si el procesado no se hallare en presidio debería presentarse dentro del plazo de quince días ante el Juez competente, comunicando su residencia compareciendo sucesivamente en las fechas que aquel determinara. Y finalmente, se deja en manos de los Ministerios de Justicia, Guerra y Marina, la posibilidad de dictar ulteriores disposiciones complementarias y aclaratorias aclaración para la ejecución del presente Decreto. Decreto de 14 de abril de 1931, *Gaceta de Madrid* de 16 de abril de 1931.

(38) «Esta desmedida gracia casi despobló nuestros presidios, y al lanzar a la vida libre infinitos reos que no se hallaban enmendados, se ha visto que el indulto general es indefinible. La mayoría de los que de él gozaron están hoy de nuevo en las cárceles aguardando nueva condena. A las copiosas razones teóricas contra los indultos colectivos, se agrega ahora en España esta experiencia, y, por ello, como después se dirá, la nueva Constitución prohíbe expresamente que se otorguen indultos generales. Pero el motivo sentimental tiene aún harta pesadumbre en nuestras Cortes, y por ello se levantaron de los ecaños voces para atacar el artículo constitucional el día que fue debatido. L. Tapia fué de los más tercios en sus demandas de gracia, y, al no poder ligar la supresión de ese inciso, obtuvo que por última vez el Gobierno otorgase un idulto general». L. JIMÉNEZ DE ASÚA, «El Derecho penal vigente en la República española», *Revista de Derecho público*, Madrid, 1932, p. 66,

(39) Siendo así que el artículo 102 del Título VII «Justicia» reza de la siguiente manera, limitando así dicho Derecho de gracia; Artículo 102. «Las amnistías sólo podrán ser acordadas por el Parlamento. No se concederán indultos generales. El Tribunal Supremo otorgará los individuales a propuesta del sentenciador, del Fiscal, de la Junta de Prisiones o a petición de parte. En los delitos de extrema gravedad podrá indultar el Presidente de la República, previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno responsable».

gran medida, ha provocado la prohibición de los indultos generales en nuestra actual Constitución de 1978.

La crítica a los indultos generales del *régimen franquista* y de los regímenes anteriores, pone su acento en la falta de seriedad y en la falta de alternativas de los poderes públicos a la Justicia penal aplicada. La explicación quizá debiera encontrarse en la falta de virtualidad y cristalización de un sistema rigurosamente liberal en nuestro país que, hace del respeto al principio de legalidad penal una de sus piedras angulares.

La *amnistía* concedida por el Gobierno provisional produjo una masiva excarcelación de convictos que no dejó de provocar un preocupante incremento de la criminalidad en la recién estrenada España republicana.

Precisamente, para frenar la anterior situación, se promulgó la tristemente famosa *Ley de Vagos y Maleantes de 14 de agosto de 1933* que castigaba la peligrosidad criminal sin delito. Esta Ley era pura evanescencia, como ha expuesto reiteradamente la doctrina penal española. Con ella, a través de unas falseadas medidas de seguridad, que no eran más que unas penas encubiertas se hacía regresar a las prisiones a los amnistiados y así se enmendaba el tremendo error de los primeros días.

En cualquier caso, cabe decir que la *Ley de Vagos y Maleantes* ofrecía muchas menos garantías jurídicas y era mucho más represora que el sistema de medidas de seguridad acogido por el derogado Código de 1928 (40).

(40) La Ley de Vagos y Maleantes se suele inscribir junto a otras medidas de prevención especial determinadas por el estado peligroso demostrado a través del delito (peligrosidad criminal), aplicables a quienes no han delinquido todavía, pero se teme que lo hagan (peligrosidad social). Siendo así que estas últimas pertenecerían más bien al Derecho policía que al Derecho penal. Posteriormente, el régimen franquista la mantuvo en vigor e hizo un uso perverso y policíaco de dicha Ley a la que cambió el nombre, Ley de peligrosidad y rehabilitación social, pero subsistió con igual contenido. En ella se introdujeron nuevas categorías de estado peligroso (los homosexuales y los gamberros, Ley de 15 de julio de 1954 y Ley de 24 de abril de 1958 respectivamente) J. CERREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, t. I., Introducción, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 147. Fue declarada nula por contraria a la Constitución de 1978 por el Tribunal Constitucional de la España democrática. Ley 16/1979, de 4 de agosto, que a su vez fue reformada por la Ley 77/1978, de 28 de diciembre. En ambos casos se trata del cuadro

LA SEGUNDA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE 1870 HASTA
LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE 1932

Tras la anulación del Código de 1928 por el Gobierno provisional de la República, la segunda vigencia del Código de verano de 1870 quedaba, una vez más, sujeta a la incierta condición de provisionalidad que le vio nacer (41).

Dicha primera provisionalidad que se puso de manifiesto cuando las propias Cortes decidieron aplazar la discusión definitiva del Dictamen hasta la reanudación de las Sesiones, pasado el verano, no fue óbice para que su vigencia fuera la más prolongada de todos nuestros Códigos penales. Gracias a lo que se ha denominado como *la republicación del Código* (42).

de tipologías de peligrosidad supriéndolo alguna establecida en la Ley de 1933. Acerca de la génesis de esta Ley, en cuya elaboración no intervino la Comisión Jurídica Asesora, J. ANTÓN ONECA, «La generación española de la política criminal», *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, en *Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 346-347, y A. J. BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español. Un estudio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 y de la doctrina de la Sala de Apelación de Peligrosidad*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 50 y ss.

(41) Desde su publicación se puso de manifiesto por parte de la doctrina la necesidad de reformarlo, en este sentido por citar solo algunos, C. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, «De la necesidad de reforma de las leyes penales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 53, 1878, pp. 215 y ss.; J. ROMÁN Y CALVET, «Ligeras modificaciones para la reforma del Código. Circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 47, 1875, p. 230; C. BERNALDO DE QUIRÓS, «Estudio para la reforma del Código penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm., 44, 1899; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho penal (obra ajustada al Programa de oposiciones al Cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal de 5 de enero de 1922)*, Madrid, Reus, 3.^a ed., 1924, p. 26 «(...) muchos son, pues, los defectos de nuestro vigente Código, (...) pero no sólo en atención a ellos debe de reformarse, sino que se precisa sustituirlo por otro enteramente nuevo que se inspire en los modernos criterios defendistas, y que salga al paso de la criminalidad reciente»; E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (Exposición y Comentario)*, Barcelona, Librería Bosh, 1929, p. 51. En la propia Exposición de Motivos del Código de 1928 en donde el Ministro Galo Ponte dice que «la opinión pública, de acuerdo con la técnica, viene años y años demandando la derogación del viejo cuerpo legal que constituye actualmente la base de nuestro Derecho sustantivo penal».

(42) En este sentido de republicanizar el Código a través de las reformas, J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español (Lecciones)*, t. I, Valladolid, 1945, p. 409. En cuanto a las reformas introducidas en el Código de 1932 impuestas por la nueva constitución, *vid.*, Exposición de Motivos que precede la Código penal de 1932.

El plazo concedido para revisar la obra legislativa de la Dictadura, otorgado por el *Decreto de 15 de abril de 1931* vencía el 1 de junio, quedando las disposiciones no expresamente confirmadas en vigor únicamente como complementarias a la legislación anterior. La Sala 3.^a del Tribunal Supremo suspendió todas las vistas en que tuviera que aplicarla. El Gobierno provisional de la República, el 2 de mayo de 1931 (43), empezaría a introducir «*parcas reformas*», «tendientes a poner en armonía su texto con el régimen democrático que el país se dio el 14 de abril» (44).

Se trataba en suma, de un Decreto de urgencia con un propósito claramente político dirigido a republicanizar el texto, reemplazando sus preceptos por otros en que se ejercitaba la defensa de la República.

Así, las reformas se centran en aspectos tan poco importantes como la sustitución de la palabra «Reino» por la frase «República española», la modificación de los vocablos «Ministros de la Corona» por «Ministros de la República», la supresión de los «Reales Decretos» sustituidos por simples «Decretos» y un largo etcétera de cambios de pura nomenclatura y contenido netamente político que afectan en su práctica totalidad a eliminar del texto cualquier alusión a la Monarquía (45).

(43) «(...) aunque la parte más larga de ella (Ley de 2 de mayo de 1931) se publica el 27 de octubre de 1932 (...)», J. DEL ROSAL, *Principios...*, *op. cit.*, p. 409.

(44) Exposición de Motivos, Código de 1932.

(45) «Inmediatamente de restablecida la disciplina legal auténtica, sintió el Gobierno la necesidad de republicanizar el Código de 1870, escrito y pensado para la monarquía. No bastaba que el entonces fiscal de la República mandase en su circular que en todos aquellos puntos, artículos, incisos en que el Código penal hablaba de monarquía, se entendiera que debía decirse República. En la dogmática jurídica, el concepto del tipo impera de tal forma que lo que no está especialmente definido y penado en el Código, no puede ser incriminado, y por eso el Gobierno provisional de la República entendió que era necesario reformar el Código penal en este aspecto, aun cuando de una manera leve, y el 2 de mayo de 1931 se cumplió este reducido menester, estableciéndose que allí donde decía real decreto (...). Especialmente los artículos 181 y 243 del Código penal de 1870, fueron objeto de una total revisión. El artículo 181 se refería a los delitos contra la forma del Gobierno y el 243 al delito contra la rebelión (...), *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, pp. 8493-94. En la propia Exposición de Motivos de la Ley que vio nacer el Código Penal de 1932 se declara que: «Respetuosos los Ministros provisionales con la soberanía popular, no quisieron emprender enmienda alguna de otra índole — ni

Los autores del *Decreto de 2 de mayo* se disculparon por el regreso al pasado penal que supuso el resucitar al vetusto Código de 1870 y, conscientes del retroceso que esto suponía, afirmaban que;

«Devolver a la auténtica disciplina de 1870 su legítimo vigor no suponía que el Gobierno provisional de la República estimase perfecta y adecuada a ésta época una Ley que, por muy progresiva que fuese en los días de su nacimiento, es hoy francamente insostenible como obra permanente» (46).

Celebradas las elecciones y abiertas las primeras Cortes republicanas, el Proyecto del Código penal de 1932 pasó por ellas de forma somera ya que el debate que ahí se produjo duró apenas un par de horas de una sola de sus Sesiones. En dichas Sesiones únicamente Luis Jiménez de Asúa, Ángel Ossorio y Gallardo, Eduardo Ortega y Gasset y Clara Campoamor, verdaderamente participarían en tal breve debate, sin aportar al texto presentado ante las Cortes, mayor modificación que la de ésta última diputada por la que desaparecería el delito de adulterio.

Con tal celeridad pasó el texto por las Cortes, que los mismos diputados dejarán constancia de sus quejas. Así, a tal exacto se pronunciaría el diputado Eduardo Ortega y Gasset y lo haría del siguiente modo:

«(...) yo creo que faltamos a nuestro deber aprobando de esta manera rápida y sin examen asunto de esta magnitud y trascendencia, con la simple enumeración de las bases. Hay problemas fundamentales que tenemos la obligación de examinar detenidamente y no tenemos el derecho de aprobar en conjunto en una tarde (...)» (47).

aun siquiera para humanizar el duro documento legislativo—, dejando intacta la tarea reformadora al Parlamento constituyente». En el párrafo siguiente continúa diciendo; «(...) Las épocas revolucionarias precisan apresurar las faenas legislativas, pero no pueden atropellar las etapas de aquellos trabajos que tienen largos periodos de gestación. En pocos meses era imposible preparar un proyecto de Código penal enteramente nuevo. A seguida se insistirá en las razones que obstan la fulminante composición de un Código de delitos y penas. Pero tan imposible como componer en breve plazo una Ley de nuevo estilo, era mantener intacto el Código penal de 1870 (...)». Exposición de Motivos, Código penal de 1932.

(46) Exposición de Motivos, Código penal de 1932.

(47) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8504.

También Clara Campoamor en su intervención aprovecharía para sumarse a las quejas de Ortega y Gasset en torno a la velocidad con que estaban transcurriendo los debates de la Cámara:

«(...) pues creo que es este el único Parlamento del mundo, en que en un par de horas se lleva a cabo nada menos que la reforma de todo el Código penal (...)» (48).

Es de mencionar que durante el periodo transcurrido entre la derogación del Código de 1928 y la entrada en vigor del de 1932, se generó cierta Jurisprudencia que, haciendo uso del principio contenido en el artículo 23 del Código penal de 1870, no pudo impedir la aplicación del de 1928 por resultar más favorable para el reo. Todo un símbolo de la injerencia de la política en el mundo del Derecho en esta época (49).

EPÍLOGO: LOS MECANISMOS DE CREACIÓN NORMATIVA DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA Y EL FRANQUISMO

Lo más sorprendente en todo este proceso fue la asombrosa continuidad de los mecanismos de creación legislativa a la hora de elaborar el Código penal republicano de 1932 y, yendo más allá, la del *franquismo* cuando decidió dotarse de su propio Código penal.

Durante el Gobierno de la *Segunda República*, siguiendo la tradición *progresista* decimonónica, la Comisión General de Codificación fue sustituida por una *Comisión Jurídica Asesora*, a través del *Decreto de 6 de mayo de 1931* (50).

(48) Sin embargo, dicho esto, luego se retractaría cuando en contestación a su protesta, el Presidente Besteiro dijera que estaba dispuesto a dar el tiempo necesario para recoger firmas y presentar una proposición incidental pidiendo que se suspenda la deliberación a lo que Campoamor respondió diciendo que no pretendía obstaculizar la discusión, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8505.

(49) Como ejemplos, STS de 18 de abril de 1932, núm. 148; STS de 9 de junio de 1933, núm. 184 pues el delito de disparo de arma de fuego no aparecía contenido en el Código de 1928.

(50) Dicho organismo quedó dividido en varias Subcomisiones destinadas a ocuparse cada una de ellas de las distintas ramas del Derecho y de las labores constituyentes. Declaraba

Como era ya tradición, sigue el legislador republicano preocupado por la reforma en materia penal y califica, nuevamente, de urgente la necesidad de llevarla a cabo dando al Gobierno un plazo perentorio para que éste presente a la Comisión, ahora *Jurídica y Asesora*, una relación de los proyectos de ley que, con carácter de urgencia debían ser preparados.

Tras la anulación del Código de 1928 y la «republicanización» del Código de 1870, ni la *Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 22 de abril* que indicó a jueces y tribunales la necesidad de que tomaron en cuenta el cambio político (51), ni los retoques hechos en él por el precitado *Decreto de 2 de mayo de 1931*, habían satisfecho a los penalistas españoles con la vigencia de un Código penal que prácticamente databa de 1848 y que aún contenía normas de una extraordinaria dureza (52).

el Gobierno de la Segunda República que, pretendía a través de esta renovación del presente instituto, que la Comisión Jurídica Asesora representara «(...) el órgano de continuidad que diera unidad de sentido técnico-jurídico a las disposiciones emanadas de distintos Departamentos ministeriales (...)». La Comisión podría asimismo determinar el personal del Secretario técnico que habría de adscribirse en Comisión a cada Subcomisión especial: «(...) Así, al proponerse España hacer la ordenación normativa de su vida política y social, de acuerdo con las exigencias históricas que hoy la apremian, se hace indispensable crear un nuevo organismo que pueda dividirse internamente en Subcomisiones circunstanciales para cuestiones concretas o leyes especiales y tenga la asistencia constante de un Secretario técnico (...)». Decreto de 6 de mayo de 1931, *Gaceta de Madrid* de 9 de mayo de 1931. Esta Comisión funcionó a través de cinco subcomisiones, cada una de las cuales estuvo encargada de un objetivo concreto; la redacción de la Constitución, el estudio del Derecho foral de Cataluña, el estatuto de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, las Leyes de Enjuiciamiento y organización del Poder judicial y la reforma del Código penal de 1870. Y es que, según el propio legislador republicano: «(...) La Comisión General de Codificación no puede cumplir la misión ambicionada, porque la estructura, finalidad y tradición de dicho organismo no concuerdan ni con las necesidades de hoy ni con la interna visión reinante sobre la función del derecho. Lo primero, por la dilatación constante de que está siendo objeto la órbita de lo jurídico, y lo segundo, por el sentido funcional y no formalista que al Derecho caracteriza (...)», Decreto de 6 de mayo de 1931, *Gaceta de Madrid* de 9 de mayo de 1931. Destacamos como principal aportación propuesta por esta nueva regulación, cierta posibilidad de autoorganizarse formando Subcomisiones *ad hoc*, donde la Comisión podría determinar la composición y el número que dentro de la misma considerara necesario crear.

(51) *Colección Legislativa*, núm. 462, 1931, p. 744.

(52) Así lo comentaba el propio Presidente de la Subcomisión, Jiménez de Asúa en su extenso discurso a las Cortes celebradas el 6 de septiembre de 1932 en el que aludirá también a la elaboración del Anteproyecto de reforma del Código penal. *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, pp. 8493 en adelante.

Por eso se decidió realizar una reforma vertiginosa que nuevamente nacería con visos de provisionalidad. Ello siguiendo lo que era ya tradición en nuestra Codificación penal. Así, la *Exposición de Motivos del Código de 1932* dedicaba un apartado a explicar las «Razones de la parquedad en la reforma» dando nuevo argumento al carácter provisional con el que nacía este Código:

«Redactar el nuevo Código penal de la República española es faena de que requiere largo tiempo definitivo de estudios preparatorio, de composición del texto definitivo y de busca y consulta e pareceres de peritos de las Universidades, de los Tribunales, de los Colegios de Abogados, de las Asociaciones obreras y de las Academias y Sociedades de cultura. Todo este proceso no podía cumplirse en medio año; por eso se decidió reformar el Código de 1870, para que pueda aguardar a la legislación innovadora» (53).

Esta «provisionalidad», como ya ocurriese en 1870, fue la razón esgrimida para no verificar en profundidad la consulta a los llamados *Cuerpos Colegisladores*. Consulta ésta que fue uno de los principales argumentos para tachar de improcedente el proceso que precedió a la promulgación del Código penal de 1928. Los miembros de la Subcomisión penal reformaron el Código de 1870 con la intención de dejarlo en condiciones para que estuviera en vigor el tiempo preciso para, posteriormente componer, discutir y promulgar una nueva Ley de delitos y penas. A comienzos de mayo de 1931, comenzaron las tareas de la Subcomisión que, en tan sólo dos meses, fue capaz de elaborar el Anteproyecto (54).

En todo caso, es de mencionar que la participación de Jiménez de Asúa fue determinante. Y es que, además de ser el Presidente de la

(53) *Exposición de Motivos, Código penal de 1932*.

(54) Para acometer la reforma penal, el entonces Ministro de Justicia Fernando de los Ríos, dividió el trabajo de la Comisión en dos fases diferenciadas, adoptando así una solución intermedia entre la posibilidad de promulgar un nuevo Código y la reforma parcial del *Código de verano*. En la primera se asignó a la Comisión la reforma del Código penal con la doble tarea de adaptar sus artículos a la nueva Ley constitucional y humanizar sus preceptos. Se dejó así para una segunda fase, que nunca se llevaría a cabo, el encargo de que la Subcomisión se esforzase en otra empresa de más monta en la que sin plazos perentorios redactara el nuevo Código penal español. Una muy descriptiva información acerca de ello la ofrece Jiménez de Asúa en su discurso de defensa del Proyecto ante las Cortes, *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, pp. 8493-8500.

Subcomisión, participó como miembro de la Comisión permanente de Justicia que revisó el texto en el Parlamento y el propio texto del futuro Código al que le realizó algunas modificaciones posteriores que pasaron al Código. Pues también fue el encargado de redactar el Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley reformador del Código penal de 1870(55).

En la *Exposición de Motivos* que precede al Anteproyecto que se presentara a las Cortes, constan algunos aspectos de las discusiones, como el disenso del Presidente de la Comisión Jurídica, Ángel Ossorio y Gallardo, contrario al acuerdo de abolir la pena de muerte(56).

El 11 de agosto de 1931 se aceptó la dimisión de Ossorio y Gallardo y se nombró para reemplazarle al Catedrático de Derecho civil de la Universidad Central, Felipe Sánchez-Román Gallifa, que finalmente, presidió el Pleno de la Comisión en que fue aprobado

(55) *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 16 de junio de 1932, Apéndice 7 al núm. 185, pp. 1-5. Las Actas de los debates de este periodo no se conservan, lo que según interpreta Lasso y Gaité, pudo deberse a que la República trató de dotar a la Comisión de un carácter cuasi constitucional encargándole también la preparación de la legislación complementaria de la Constitución, muy diferente de la anterior Comisión más vinculada al Ministerio, incluso por la persona del Secretario General, que era letrado de la Subsecretaría. Por esta razón, entiende que las Subcomisiones funcionaron sin Secretario General y, tal vez por ello, faltan sus actas y demás documentación de este periodo si no es que se destruyeron durante la guerra. J. F. LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, vol. 5-I, p. 754. La labor de la Comisión Jurídica Asesora quedó recogida en cuatro volúmenes, siendo el segundo y el cuarto los que recogen la información más interesante para estudiar el proceso de elaboración del futuro Código de 1932. El segundo volumen recoge el Anteproyecto de reforma del Código penal de 1870 publicado a fines de 1931, según cuentan los datos del prólogo del volumen cuarto. El volumen cuarto, el más extenso de todos, además de recoger otros Anteproyectos de leyes, publica las bases para el nuevo Código penal de la República. Para el estudio de la elaboración del Código penal de 1932 resultan útiles tales trabajos así, lo dicho en el discurso a las Cortes celebradas el 6 de septiembre de 1932 por el propio Presidente de la Subcomisión, JIMÉNEZ DE ASÚA y en la *Exposición de Motivos* que antecede al Anteproyecto, *Anteproyecto de Reforma del Código penal de 1870. Que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, 1931. La fecha que contiene la *Exposición de Motivos* es de 22 de junio de 1931 y la del propio Código que se promulgó, redactadas por el mismo Asúa. ACGC, Leg. 28 de Código penal.

(56) Si bien afirma que la decisión fue tomada sin el acuerdo del citado Presidente que después renunciaría al cargo «por motivos absolutamente ajenos a la voluntad de los miembros de esta Junta técnicojurista», *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 33

el Anteproyecto. Lo único que sabemos del mismo es lo que cuenta Asúa en la citada Exposición que precede al Anteproyecto. Dicha Comisión de expertos elaborará en un tiempo *record* un Anteproyecto de reforma del Código que fue presentado a las Cortes como un Proyecto de Ley de Bases (57).

El Ministro de Justicia lo presentaría a las *Cortes constituyentes* el 19 de noviembre, sin incluir ni una sola modificación al texto. El mismo día pasó el texto a la Comisión permanente de Justicia del Parlamento (58). Tras la lectura del Dictamen de la Comisión de Justicia relativo al Proyecto de Ley reformando el Código penal de 1870 (59) dieron comienzo los debates en las Cortes Constituyentes.

Los debates parlamentarios se sucedieron todos en la Sesión del 6 de septiembre de 1932 y en poco más de dos horas fue rápidamente aprobado el desarrollo de la Ley de Bases en un texto articulado.

Las eternas prisas que proponían acelerar el proceso encaminado a su promulgación se resolvieron a través de una propuesta de Rafael

(57) Por faltar las Actas, no sabemos ni siquiera la fecha ni los acuerdos del mismo. «El Anteproyecto de reforma del Código penal se comenzó a principios del mes de mayo de 1931 y pusimos cima a la tarea el 22 de julio. Por causas ajenas a los miembros de la Subcomisión, el pleno no fue reunido hasta el 17 de octubre. Sin modificación alguna se aprobó entonces el Anteproyecto que se elevó al Gobierno en los primeros días del mes siguiente», Exposición de Motivos de 22 de junio de 1931 del Anteproyecto citado *ut supra*.

(58) Cuenta ASÚA que, a pesar de ello, «no nos desentendimos del Proyecto»; J. Antón Oneca, J. Arturo Rodríguez Muñoz, Félix Álvarez Valdés —Catedráticos de Derecho penal los dos primeros y Secretario de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo el otro— y yo, como miembro de la Comisión Jurídica Asesora, le sometimos a minuciosa lectura e hicimos leves pero numerosas correcciones, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. I., Losada, 1950-1970. p. 739. El texto fue publicado en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de Cortes del 20 de noviembre de 1931, Apéndice 2 al núm. 78. La Comisión permanente del Parlamento quedó constituida por Rafael Salazar Alonso, Presidente; Justo Villanueva, Martínez Moya, Álvarez Rodríguez, sustituido por Javier Elola, Jiménez de Asúa, Piñuela, Moreno Mateo, Spiña, Quintana, Vargas, Baeza Medina, Fernández Clérigo, Rico Abello, Cid, Beunza, del Río sustituido por Arranz, Pita Romero, Quintana, Xirau Palau y Jerónimo Gomáriz.

(59) Centró su discurso en los cuatro aspectos en los que se había desarrollado la reforma; la dirección política, la meramente técnica, la humanitaria y la excepcional. *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 16 de junio de 1932, Apéndice 7.º al *Diario*, núm. 185, pp. 1-5.

Salazar Alonso, a la sazón Presidente de la Comisión parlamentaria, por la que se acordó sin discrepancia alguna, concretar las modificaciones al Código de 1870 en las citadas bases, que serían lo único que el Parlamento habría de discutir y aprobar.

Las razones de dicho acuerdo quedaron expuestas en el preámbulo del Dictamen redactado por el propio Asúa que lleva la fecha de 16 de junio de 1932 (60). El discurso presentado ese mismo día por Asúa no fue sino una versión de la Exposición de motivos que él mismo redactó para el Anteproyecto y que luego, aumentada, figura como preámbulo del Código penal. En él ya reconoce su autor como:

«(...) este Anteproyecto de reforma no satisface los ideales de ninguno de nosotros, porque es una reforma esporádica, algunas veces hasta superficial y sólo se ha tocado en casos excepcionales el ánimo del Código penal de 1870».

Dado que ningún diputado solicitó la palabra para discutir en torno a la totalidad del Proyecto, ni se presentó enmienda alguna, el Presidente de la Cámara dio paso a la lectura de las citadas bases «entendiéndose que si nadie pide la palabra se procederá inmediatamente a su aprobación» (61). Las veinticinco primeras bases fueron aprobadas inmediatamente tras su lectura, suscitando únicamente brevísimo debate la sexta (62).

(60) *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 16 de junio de 1932, Apéndice 7.º al núm. 185, pp. 1-5.

(61) *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8500.

(62) En torno a ella Ossorio y Gallardo comentó la peligrosidad política que supondría la abolición total de la pena capital planteada en la reforma: «(...) me limito a preguntar a la Cámara, si cree que la situación política de la República española es tan firme, tan serena, tan consolidada, tan ajena a todo riesgo y peligro, que puede renunciar a ese instrumento más o menos intimidativo» a lo que respondería Jiménez de Asúa diciendo que: «(...) está en manos del Gobierno traer una Ley especial de Terrorismo, donde se estableciera de modo eventual la pena de muerte (...)», *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8502. Y que Ossorio calificaría de ingenuo el pensar que tan rápidamente se aprobaría dicha legislación especial. Jiménez de Asúa le contestaría asegurando que «Puesto que en la Constitución no la hemos abolido, no se encontrarán trabas jamás para que ciertos delitos cuyo peligro es evidente, cuyo contagio puede darse, venga aquí una ley, que se aprobará rápidamente, porque en los momentos en que la República pelagra todos somos unos», Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8502.

Acerca de la celeridad con que se estaba tramitando el proceso de aprobación del Código hay que volver a reseñar la intervención de Eduardo Ortega y Gasset, quien denunciaba que «(...) yo creo que faltamos a nuestro deber aprobando de esta manera rápida y sin examen asunto de esta magnitud y trascendencia, con la simple enumeración de las bases. Hay problemas fundamentales que tenemos la obligación de examinar detenidamente y no tenemos el derecho de aprobar en conjunto en una tarde (...)» (63). A lo que Asúa replicó que la reforma trata sólo de «(...) Poner el Código en posibilidad de regir dos años con beneficio para los tribunales, para los abogados, para los delincuentes y para los reos que sufren condena (...)» y el propio Presidente de la Cámara diría que el Proyecto llevaba mucho tiempo anunciada su discusión y nadie había presentado ninguna enmienda y que, además, dicho ruego no se ajustaba a la forma reglamentaria (64).

Llegados a la base veintiséis nuevamente se interrumpió la lectura por la enmienda planteada por Clara Campoamor en torno a la reivindicación de la igualdad de sexos que la Comisión aceptó sin discusión, suprimiendo de la base veintiséis el delito de adulterio (65) lo que tuvo su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de retroactividad de la Ley penal más favorable para el reo (66). En su intervención, como hemos apuntado anteriormente, aprovechó Clara Campoamor para sumarse a las quejas de Ortega y Gasset en torno a la velocidad con que estaban transcurriendo los debates de la Cámara «(...) pues creo que es este el único Parlamento del mundo, en que en un par de horas se lleva a cabo nada menos que la reforma de todo el Código penal (...)» (67). Sin embargo, cabe ahora precisar que dicho

(63) *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8504.

(64) *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, ambos en p. 8504.

(65) Realmente intervinieron en el debate únicamente, Ángel Ossorio y Gallardo, Clara Campoamor, Del Río, Eduardo Ortega y Gasset y en su defensa Luis Jiménez de Asúa. Quedó aprobado el mismo día, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, pp. 8493-8528.

(66) Así en la STS de 30 de mayo de 1933, núm. 168, se entiende que por haber desaparecido el citado delito de adulterio castigado por el artículo 448 del Código penal de 1870, resultaba de estricta aplicación dicho principio de retroactividad consignado en el artículo 24 del Código de 1932 y en la primera de sus disposiciones transitorias.

(67) «En virtud de lo manifestado (...) la Base 26 quedará reformada así: (...) Se suprime el adulterio y el amancebamiento como delito», *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, p. 8506.

esto, la diputada se retractó cuando en contestación a su protesta, el Presidente Besteiro dijo que estaba dispuesto a dar el tiempo necesario para recoger firmas y presentar una proposición incidental pidiendo que se suspenda la deliberación a lo que Campoamor respondería diciendo que no pretendía obstaculizar la discusión (68).

Tras este brevísimo y muy superficial debate, con una corta intervención final por parte del Ministro de Estado, las Cortes dieron por aprobado el texto del Proyecto de Ley de bases para la reforma del Código penal en la Sesión del día siguiente. Dicho texto legal sería sancionado por el Presidente de la República a través de la Ley de 8 de septiembre de 1932 (69).

El resto del proceso legislativo fue meteórico. El 8 de septiembre de 1932 se promulgó la Ley de bases y el 27 de octubre se dictó la Ley que autorizaba al Gobierno para publicar el texto articulado y el 5 de noviembre apareció el propio Código penal en la Gaceta, para comenzar a regir desde el 1.º de diciembre de 1932. La Gaceta del 24 de noviembre insertó una fe de erratas (70).

(68) Seguidamente se aprobaron las cuatro siguientes bases sin discusión. Entonces solicitó Del Río a la Comisión una breve y poco grave adición y finalmente fue aprobada la base treinta y uno. Sin más interrupciones se aprobaron las restantes bases del Proyecto, con la aclaración de Salazar Alonso acerca de los artículos que, como apéndice, figuran en el Dictamen de la Comisión de Justicia y que no cabe discutir. *DS Cortes Constituyentes*, Sesión de 6 de septiembre de 1932, núm. 230, pp. 8506-8507.

(69) El 13 de octubre de 1932 fue autorizado por Decreto el Ministro de Justicia Álvaro de Albornoz para presentar a las Cortes un Proyecto de Ley relativo a la publicación del Código penal reformado. El asunto pasó a la Comisión de justicia de las Cortes que emitiría su Dictamen favorable el 18 de octubre, Apéndice único al núm. 242. El 19 de octubre las Cortes lo aprobaron sin debate y al día siguiente se autorizaba al Ministro de Justicia a publicar como Ley el Código penal reformado según la Ley de bases de 8 de septiembre de 1932, Apéndice 1 al núm. 244. La segunda vigencia del Código penal de 1870 tocará a su fin con la Ley de 27 de octubre de 1932 promulgadora del Código penal de 1870, reformado con arreglo a la Ley de bases de 8 de septiembre de 1932. Fue publicado en la *Gaceta de Madrid* el 5 de noviembre y entraría en vigor el 1 de diciembre de 1932.

(70) En el ánimo de sus autores nuevamente estaba la provisionalidad. Sufrirá el texto hasta cincuenta y cuatro correcciones, algunas de cierta importancia, y otras simples erratas como se colige de la publicación verificada en la *Gaceta* de 24 de noviembre, M. LÓPEZ REY, «Rectificaciones a la reforma del Código penal», *Revista de Derecho Público*, 1932, pp. 369-372; J. F. LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, vol. 5-I, pp. 779-782. En todo caso, es de mencionar que el Código de 1932 descansa en el de 1870, y así se desprende de la propia la Ley de 27 de octubre de 1932 promulgadora del Código republicano. J. DEL ROSAL, *Principios...*, *op. cit.*, p. 409, «(...) Conserva por entero, la misma estructura del Código del año

El nuevo Código penal entró en vigor proclamando ya desde su *Exposición de Motivos* su clara intención de provisionalidad pues, como afirmó el Ministro que suscribió el Decreto de promulgación, las reformas fueron tan escasas para acelerar el proceso de redacción de un nuevo Código penal republicano así como para no introducir confusión en la práctica jurídica (71).

Sin querer entrar a valorar el contenido del Código de 1932 más que lo que hemos hecho en el caso de los Códigos anteriores, cabe decir que la doctrina considera como la más importante conquista la supresión de la pena de muerte. Si bien ésta fue prontamente restablecida contra los delitos de terrorismo y robo por la *Ley de 11 de octubre de 1934*. Por lo que se refiere a sus innovaciones técnicas, es singular que casi todas pasaran al Código de 1944 (72).

La reforma fue calificada de moderada, acertada y discreta, gozando en todo caso de una buena técnica. Hay que poner de relieve que el nuevo Código no vaciló en admitir novedades aportadas por el denostado Código penal de 1928, como la elevación de la menor edad a dieciséis años, el Título de delitos contra la Administración

1870, aun cuando modifica esencialmente los principios políticos y jurídicos informadores de este sistema. Además, las líneas generales, por ejemplo: la división de infracciones, supresión de agravantes, creaciones de títulos y de figuras de delitos, hace cambiar en todas direcciones los puntos de apoyo de la anterior sistemática».

(71) «(...) Cuantas menos sean las enmiendas introducidas, más urgente se presentará a la conciencia técnica del país y del Parlamento la necesidad de promulgar un Código verdaderamente nuevo (...)», «(...) Póngase, pues, el Cuerpo legal de 1870 en condiciones de vivir un par de años, a lo sumo, y con la parca enmienda se demuestra que no se renuncia a la gran empresa de legislar a fondo sobre materias penales, sino que se considera perentoria la misión de escribir y promulgar el nuevo Código» y continúa, «(...) Hacer ahora profundas enmiendas que cambiasen la mecánica del Código, y al cabo de dos años componer otro diferente a la Ley de 1870 y a la reforma de hoy, sería introducir confusión en los Magistrados e inestabilidades en la doctrina de nuestros Tribunales. Las leyes tienen sus años incipientes y su edad adulta (...) los Códigos no rigen con toda su eficacia hasta transcurridos, por lo menos, cinco años (...)», *Exposición de Motivos, Código penal de 1932*.

(72) Como la sustitución de la clasificación tripartita de los delitos por la bipartita, que perdura hoy; la mayor amplitud de la perturbación mental y del estado de necesidad; la eximente de sordomudez y la generalización del tratamiento protector de los menores de dieciséis años a los territorios donde faltan los tribunales tutelares; la atenuante de arrepentimiento activo; la simplificación de las penas y moderada extensión del arbitrio judicial; la rehabilitación.

de Justicia, el castigo de la usura, la atenuante de arrepentimiento o el pago de la multa a plazos. Sin embargo, no quiso ni pudo, por su rápida preparación, acometer la tarea de dar un nuevo Código, ni siquiera ir a una reforma más profunda (73).

El Código penal de 1932 se vio pronto completado con la *Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933*, que satisfacía los deseos del Gobierno de tener en sus manos un repertorio de medios para la lucha contra los estados de peligrosidad predelictual y postdelictual. De dicha Ley cabe destacar su carácter represivo en la línea de la *Ley para la Defensa de la República* más autoritaria que el Código de 1928 (74).

Es de mencionar en todo caso, que en esta nueva etapa surgirá otra doctrina que ahora nuevamente se encargará de la aplicación del principio de retroactividad de la Ley penal de 1932 más favorable al reo (75).

En cuanto al proceso de elaboración del Código penal de 1944 cabe destacar que por primera vez en nuestra Codificación no se redactó en la Comisión general sino en el propio Ministerio (76). Se

(73) En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, Parte General*, Madrid, 1994, p. 113. J. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte General*, Madrid, Editorial Universitas S. A., 1996, pp. 120-121.

(74) A través de dicha disposición se filiaría desde entonces nuestra legislación al «sistema dualista», con la peculiaridad de que las medidas de seguridad posdelictuales están divididas entre el Código penal, que contiene algunas, y la Ley de 1933, sustituida por la Ley 16/1970, de 4 de agosto, titulada de peligrosidad y rehabilitación, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 113.

(75) Tal será el caso de las sentencias siguientes; STS de 28 de abril de 1933, núm. 135; STS de 24 de mayo de 1933, núm. 160; STS de 30 de mayo de 1933, núm. 168; STS de 21 de junio de 1933, núm. 198.

(76) J. F. LASSO GAITE, *Crónica...*, *op. cit.*, vol. 5-I, pp. 810-811. Cabe mencionar que en Pleno celebrado el 27 de febrero de la Comisión General de Codificación nuevamente Eugenio Cuello Calón, dio lectura a las bases que había redactado como preliminar para los trabajos de un nuevo Código penal a lo que el resto de los Vocales no añadieron ningún comentario. Tras la celebración de las sesiones del 8 y 9 de mayo de 1939 en Vitoria, no se reunió la Sección de Derecho público hasta el 1 de febrero de 1940 una vez reorganizada la Comisión. En esta sesión declaró su Presidente, Pedro de Apalátegui Ocejo, como su principal tarea la de confeccionar un Código penal. Las sesiones en torno al Código penal se sucedieron intermitente a lo largo del año 1941 en que sólo se reunieron dos veces y ninguna en el 1943, siendo a partir de septiembre y octubre de 1944 cuando se perfilase ya

evidenciaba ya el dando ya muestras del declive de esta Comisión siendo cada vez menos importante su participación en las tareas pre-legislativas.

La reforma anunciada en la *Exposición de Motivos* del Código de 27 de octubre de 1932 preconizaba que, acabada la tarea preliminar de la que nacería el Código de 1932, la Comisión debería emprender otra de más monta y sin plazos perentorios: redactar un nuevo Código penal. Finalmente dicha reforma se llevaría a cabo durante la Dictadura del General Franco, bajo los estrechos parámetros legislativos que ofrecía el *Movimiento Nacional*.

Previamente se dictaron varias disposiciones de carácter punitivo que anunciaban la reforma total con motivo de la promulgación de la *Ley de 5 de julio de 1938* por la que se restablecía la pena de muerte (77), y que, en su preámbulo, preconizaba ya «las modificaciones que habrán de introducirse muy en breve en la ordenación de la legislación penal del nuevo Estado español» (78).

el Anteproyecto. Su autoría final es desconocida, fue impreso el Proyecto por el Ministerio en diciembre de 1939, año de la supuesta victoria como se lee en su portada y que más bien fue el año en que todos perdieron. Es probable que dicho Proyecto guarde cierta relación con las citadas bases elaboradas por la Comisión. En p. 816 atribuye su autoría al Secretario General de la Comisión Pedro Apalátegui Ocejó.

(77) Donde es su preámbulo reconoce que «La Ley que a continuación se promulga es de las que no requieren explicación ni justificación, porque es la propia realidad la que la impone y la dicta. De ello dan testimonio bien expresivo las leyes penales de la casi totalidad de las Naciones, incluso de las que creen decorarse con el título de democráticas. Por un sentimiento de notoria falsía y que no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justicero, fue cercenada la “Escala general de penas”, eliminándose de ella en el Código penal de la nefasta República, la de muerte. Por la presente Ley se restaura en su integridad la susodicha escala y se prevee la aplicación de dicha pena en casos gravísimos (...)», Ley de 5 de julio de 1938, *BOE*, núm. 7, 7 de julio de 1938, p. 90.

(78) Este anuncio se repetirá en otras disposiciones legislativas como la de 19 de febrero de 1942 que en su preámbulo afirmaba que «En tanto no se acomete la transformación radical de nuestro Derecho penal, incompatible, en no escasa parte, con las nuevas orientaciones estatales» o en la Ley de reforma penal de 19 de julio de 1944 que en su preámbulo también añora la reforma «Limitase el propósito de esta ley a lograr una edición refundida y ligeramente modificada del Código penal de 1932, en espera de la reforma total del mismo, exigida por las nuevas realidades políticas y sociales del país, que se halla en preparación por los organismos asesores del ministerio de Justicia», Cfr. F. CASTEJÓN, «Génesis y breve comentario del Código penal de 1944», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1946, p. 4.

La primera noticia oficial concreta acerca de la reforma que iba a sufrir el Código de 1932 la encontramos en la motivación de la *Orden de Justicia de 8 de febrero de 1944*, que prohibía la edición de leyes penales sin previo permiso del Ministerio «hasta que no sea publicada oficialmente la edición revisada del Código penal» (79).

Otra *Orden del Ministerio de Justicia de 11 de febrero de 1944* (80) instituía una Comisión definidora de los principios penitenciarios del Nuevo Estado, que venía a representar el complemento por demás, lógico y necesario, de la Codificación penal (81).

Por un *Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1944*, se remitió al Presidente de las Cortes el Proyecto de Ley de una nueva edición refundida del Código penal vigente. El Presidente ordenó su inserción en el Boletín Oficial de las Cortes (82) y dispuso su envío a la Comisión de Justicia, a la que correspondía el estudio del mismo (83).

Se abrió un plazo de treinta días para que dichos procuradores pudiesen enviar a la ponencia nombrada las enmiendas que estimasen pertinente formular a la totalidad o al artículo del proyecto. No se presentó ninguna enmienda, pero la ponencia dictaminadora introdujo determinadas modificaciones y ampliaciones y su informe fue discutido en la Comisión de Justicia reunida el 30 de junio de 1944. Finalmente, se adoptó con escasas modificaciones y se insertó en el Boletín de las Cortes de 10 de julio de 1944 (84) y fue

(79) *Boletín Oficial* de 12 de febrero de 1944. En su preámbulo se anunciaba ya que «En continuada tarea prepara en la actualidad la correspondiente Sección del Consejo Asesor de Justicia la edición revisada del Código penal y el examen de las diversas leyes de tal carácter que han venido publicándose a partir de la iniciación del glorioso Movimiento Nacional, debiendo resultar de dicho trabajo la unificación bajo un solo cuerpo de la legislación penal española que deba considerarse vigente (...)».

(80) *Boletín Oficial* de 16 de febrero de 1944.

(81) En sentido F. CASTEJÓN, *Génesis...*, *op. cit.*, p. 5.

(82) *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 43, 21 de marzo de 1944.

(83) Integrada por los procuradores en Cortes Antonio Goicochea Cosculluela, Eduardo Martínez Sabater, Carlos Ollero Gómez, Mariano Puigdollers Oliver y Rodrigo Vivar Téllez.

(84) *Boletín Oficial de las Cortes españolas*, núm. 61, 14 de julio, pp. 1165-1181.

sometido al acuerdo de las Cortes en la Sesión plenaria celebrada el 14 de julio siguiente, donde fue aprobado íntegramente. En defensa del mismo tomaron la palabra Ollero y Aunós, Ministro de Justicia (85).

El texto del Proyecto de Ley de reforma de 19 de julio, fue promulgado por el Jefe de Estado, autorizándose así al Gobierno para la publicación de una nueva edición refundida del Código penal vigente (86). Poco después se promulgó la *Orden de 27 de julio de 1944* que disponía que la Comisión general de Codificación procediese a la formación del texto refundido del Código penal, ajustándose en su redacción a las modificaciones y orientación prescritas en la *Ley de 19 de julio de 1944* para que en el otoño siguiente se pudiera terminar la obra con la aprobación del nuevo Código penal (87).

Las alteraciones ocasionadas en la composición y funcionamiento de la Comisión general de Codificación por la creación del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos a través del *Decreto de 29 de septiembre de 1944* (88) produjo una ralentización en las tareas de redacción del nuevo Código.

Con objeto de impulsar la obra por este paréntesis ocasionado por la incorporación de la vieja Comisión en el Instituto de Estudios Jurídicos, el Ministro Aunós, se tomó la libertad de comenzar las tareas personalmente, con el apoyo del Subsecretario del Ministerio Gómez Gil. De dichas tareas surgiría una ponencia que sería sometida a revisión técnica, por una comisión nombrada por *Orden ministerial de 21 de octubre*. El 23 de noviembre se dictaminó que el texto fuese sometido a revisión y consulta por parte del Consejo de Estado.

El «Código penal, texto refundido de 1944» como lo define el propio Decreto que lo promulgara, fue redactado con arreglo a la

(85) *Boletín Oficial de las Cortes* de 14 de julio de 1944, pp. 1172.1176 y 1176-1181 respectivamente. De ambas participaciones ofrece una síntesis F. CASTEJÓN, *Génesis...*, *op. cit.*, pp. 6-7.

(86) *Boletín Oficial* de 22 de julio de 1944.

(87) *Boletín Oficial* de 1 de agosto de 1944.

(88) *Boletín Oficial* de 19 de octubre de 1944.

Ley de bases de 19 de julio de 1944 y posteriormente fue sometido a una revisión técnica por la Comisión nombrada a través de la Orden ministerial de 21 de octubre de 1944 y, a una posterior consulta del Consejo de Estado, en desarrollo de la autorización concedida por las Cortes.

Fue promulgado a través del Decreto de 23 de diciembre de 1944 y entró en vigor el 3 de febrero en cumplimiento de los veinte días de *vacatio legis* a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, concedidos por el propio Código a través del artículo segundo del citado Decreto de 23 de diciembre de 1944.

El propósito de la nueva Ley penal era refundir con escasas modificaciones el Código de 1932 a la espera de una futura reforma total del mismo, ello mismo lo comenta el propio Preámbulo que precede al Código al decir: «que no es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848».

Esto es, incluso éste Código autoritario fruto de una durísima Dictadura, entró en vigor con visos de provisionalidad. Lo que se desvela ya desde su nacimiento en el citado Preámbulo del Código donde se advierte que se trata de una reforma provisional:

«(...) para adaptar la legislación vigente en el campo de la justicia criminal al régimen político del Nuevo Estado y a las necesidades sociales del momento presente, mientras se prepara una reforma honda» ajustada ahora a los nuevos principios políticos y a los nuevos planteamientos jurídico penales.

Se trató del resultado de refundir en el Código anterior las modificaciones posteriormente introducidas (89). En el Preámbulo del

(89) La propia Ley de 19 de julio de 1944 que autorizaba al Gobierno para publicar un nuevo texto refundido del Código penal entonces vigente, declara expresamente que se trata de una «nueva edición refundida y ligeramente modificada del Código penal de 1932, en espera de la reforma total del mismo».

Decreto de 23 de diciembre de 1944 se afirmaba «no es un reforma total, ni una nueva obra, sino una sola edición renovada o actualizada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental, y en muchas definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1948».

Así, nuevamente el Código penal aparece con carácter provisional a la espera de una revisión que nunca tendría lugar. Si bien es cierto dicho texto refundido sufriría algunas modificaciones leves en algunos de sus artículos, lo que explica que también este Código generase cierta Jurisprudencia en cumplimiento del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable para el reo (90).

(90) STS de 27 de enero de 1947, núm. 30; STS de 18 de marzo de 1947, núm. 129; STS de 21 de abril de 1947, núm. 179.