

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS DURANTE EL SIGLO XIX

*M^a del Carmen Molina Mansilla
Doctora en Derecho. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Ávila*

1. CONDICIONANTES HISTÓRICOS DETERMINANTES DE LA SITUACIÓN DECIMONÓNICA EN ESPAÑA

Cuando comenzamos a analizar los códigos penales españoles del siglo XIX y XX, nos surgió la necesidad insertar el concepto histórico, contemplado desde una perspectiva política, para entender bajo qué condicionantes se elaboran los proyectos¹ y se aprueban los códigos, y cómo éstos dependen de las Constituciones a las que desarrollan. Por eso nos decidimos a incluir sendos apartados de historia: la del siglo XIX y la del XX. A continuación pasaremos a describir la historia política del siglo XIX.

Podríamos decir que el siglo XIX se caracterizó, en lo político, por tres grandes etapas: por un lado los años bélicos, desde 1.808 a 1.840 «vieron la alternancia de ensayos constitucionales y experiencias contrarrevolucionarias»² –durante los años 1.833 a 1.839 hay una fase de interdependencia entre la política y la guerra civil–. La segunda etapa sería la de «preponderancia militar», que duraría otros treinta y cinco años, desde la revolución de 1.840 hasta 1.874, con la popularización de un militarismo que exaltaba al «pueblo militar»³. La tercera y última de las etapas, con la «Restauración Monárquica» –y el consiguiente advenimiento de Alfonso XII–, en que «había de ser la norma, equilibrio y estabilidad, final de un estado de excepción»⁴. Esta época duraría hasta finales de siglo.

1.1. LOS AÑOS BÉLICOS 1.808-1.840

El comienzo de la época contemporánea española estaría caracterizado por dos circunstancias primordiales: la invasión militar napoleónica de 1.808⁵, dando lugar a la

¹ Vid. ANTÓN ONECA, J.: «Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español» en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXV, fasc. II, Madrid, 1.972, p. 249. También hemos de tener en cuenta los anteproyectos de código, denominando proyecto a los aprobados por los gobiernos y presentados ante las Cortes.

² Cfr. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996. El desafío de la Modernidad*, Madrid, 1.998, p. 16.

³ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX, 1808-1898*, 2ª ed., Madrid, 1.981, p. 223.

⁴ Cfr. PABÓN, J.: *Cambó, 1.876-1.918*, vol. I, Barcelona, 1.952, p. 45.

⁵ Vid., al respecto, FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., pp. 15 y 16. El 17 de marzo de 1.808 el motín de Aranjuez derribó del poder a Manuel Godoy, ministro que prácticamente gobernaba el país desde 1.792 y llevó al rey Carlos IV a abdicar en favor de su hijo Fernando VII. El 2 de mayo de 1.808 Madrid se levantó contra el ejército francés, que había entrado en la capital el 20 de marzo, como consecuencia del tratado de Fontainebleau (27 de octubre de 1.807), por el que España autorizaba que las tropas francesas atravesaran su territorio, de cara a una operación militar franco-española sobre Portugal, dentro de la estrategia napoleónica contra Gran

ulterior «Guerra de Independencia», que finalizó en abril de 1.814⁶; y la modificación lenta del substrato social –en un país decadente que se había quedado retrasado económica y culturalmente, con respecto a la gran mayoría de los países europeos–, que había comenzado en las últimas décadas del siglo XVIII⁷.

El vacío de poder generado por la invasión napoleónica de 1.808 y la consiguiente caída del Antiguo Régimen⁸ obligó a la sociedad española a decidirse por una de las dos alternativas de gobierno: el de José I, con la aceptación de la Constitución de Bayona⁹ –no acogida finalmente, porque su reinado fue considerado intruso–; o el de las Juntas Provinciales, con la revolución política de las Cortes de Cádiz y la promulgación de la Constitución de 1.812, texto de efímera vigencia, pero con grandes influencias para la instauración del Estado Liberal en España¹⁰. A la de Bayona se opondrían, la lealtad dinástica y el sentimiento patriótico nacional, por lo que esa falta de virtualidad de las medidas de gobierno de José I, propiciaría una transformación política de gran trascendencia para el futuro español, a través de la Constitución de 1.812, inspirada en el espíritu de las «antiguas leyes y fueros españoles»¹¹, aunque también en raíces extranjeras¹². En palabras de SÁNCHEZ

Bretaña. Napoleón obligó a Fernando VII (5 de mayo de 1.808) a devolver la Corona a Carlos IV, y a éste, a ceder los derechos al trono español, a cuyo frente puso a su hermano, José Bonaparte (7 de junio de 1.808). La guerra se extendió por toda España hasta 1.813.

⁶ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 41 y 49. El final de la Guerra de la Independencia tuvo lugar tras una serie de victorias españolas, la última de las cuales aconteció en Toulouse, el día 10 de abril de 1.814, a la que se unió la derrota de Napoleón en Leipzig (Alemania) en octubre de 1.813. El día 11 de abril, el Mariscal Soult solicita y firma el armisticio, aunque el 18 de diciembre de 1.813 Napoleón había firmado con Fernando VII el tratado de Valençay, que aunque carecía de valor, sirvió para que Fernando VII volviera a España el 24 de marzo de 1.814; asimismo, vid. CARR, R.: *España 1.808-1.975*, (Edición española corregida y aumentada por el autor), Barcelona, 1.984, pp. 90–123, en cualquier caso, la liberación de España se debió, en gran parte a los Ejércitos de Wellington; tras la batalla de Vitoria (junio de 1.813).

⁷ Vid. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M.: *España y los españoles en los tiempos modernos*, Salamanca, 1.979, pp. 477 y 478. El impacto de la Ilustración fue mayor en España que en Europa, al ser un país más tradicional y conservador. La dinastía borbónica asumió el papel de reformadora de la Nación; evidenciando la relación entre Ilustración y despotismo ilustrado mejor que en ningún otro sitio de Europa. En España los reformadores apoyaban fervientemente a la Corte, porque veían la necesidad de un cambio de mentalidad; asimismo, vid. ARMILLAS VICENTE, J. A.; SOLANO CAMÓN, E.: *La España Ilustrada (siglo XVIII)*, Madrid, 1.988, p. 113; este proceso ilustrado generaría una renovación, que comenzó a abrirse paso desde academias y tertulias. Pocos decenios más adelante se empiezan a obtener los primeros frutos relevantes, coincidiendo con una mayor tolerancia de la Inquisición y de la censura; de igual modo, vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Barcelona, 1.976, p. 477; las reformas pretendidas por los ilustrados requerían el empleo de medios de poder. Así descubrieron su vocación política.

⁸ Vid. DE MADARIAGA, S.: *España, ensayo de historia contemporánea*, Madrid, 1978, p. 61. El hundimiento de la dinastía de Borbón significa para España una revolución en el modo de vida y una transformación de su filosofía política, al ser un pueblo profundamente monárquico, para quien el rey era la encarnación del Estado y el ministro de Dios en la tierra.

⁹ Cfr. CARR, R.: *España...*, ob. cit., pp. 90 y 120. Como sostiene el autor: «Tras la batalla de Vitoria (junio de 1.813), José abandonó España y en la primavera de 1.814 el Deseado volvió a su reino». La Constitución de Bayona nunca fue aplicada, ni se elaboró un código moderno basado en el *Code* Napoleón.

¹⁰ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 21, 51 y 53. Aunque la Constitución de Bayona sería estimada como el prototipo de un gobierno regenerador, inspirado en el ideal de los reformistas del siglo XVIII.

¹¹ Cfr. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., p. 58.

¹² Vid. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., pp. 58 y 59. La Constitución de Cádiz presenta raíces

AGESTA «La Constitución de 1.812, caso único en la historia constitucional, llegó a aceptarse en bloque, como Constitución propia, por varios pueblos europeos y americanos»¹³.

La Constitución de Cádiz se sustentaría sobre la base de tres pilares fundamentales, la soberanía nacional, la división de poderes y el derecho de representación; y garantizaría, aunque de forma dispersa en su articulado, los incipientes derechos y libertades, al igual que lo hiciera la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789. De esta obra española, merecen ser destacados los Artículos 242 a 285, que proclamarían el que el poder judicial residiría en los tribunales, teniendo potestad para aplicar las leyes, declarándose la igualdad de los ciudadanos ante la ley en los asuntos comunes, civiles y criminales, aunque persistirían el fuero eclesiástico y el militar, no haciendo referencia alguna, de forma directa, a los territorios de régimen foral.

En marzo de 1.814 Fernando VII¹⁴ regresó a España y el 4 de mayo firmó el Decreto de Valencia, en el que, a través de un autogolpe de estado, declaraba nulo y sin ningún valor todo lo actuado por las Cortes ordinarias y extraordinarias, restableciéndose el poder absoluto de la antigua monarquía. Esta situación se prolongaría durante el sexenio 1.814 a 1.820¹⁵, aunque, al comenzar el año 1.820, se crearía un clima de desconfianza en el gobierno de Fernando VII, que originaría luchas fratricidas entre los absolutistas, partidarios del mantenimiento del Antiguo Régimen y los liberales¹⁶, partidarios del Nuevo Régimen, con sus nuevos ideales. Sin embargo, todo ello concluiría en la jura de la Constitución de Cádiz, por parte de Fernando VII¹⁷;

españolas y extranjeras y recepciona ideas elaboradas por iusnaturalistas españoles del siglo XVII, sobre todo el Padre Francisco Suárez –que pensaba que la soberanía residía en el pueblo y que la autoridad nacía simultáneamente al constituirse la sociedad–, que influirían a los tratadistas ingleses y franceses creadores del pensamiento liberal moderno, llegando a Cádiz por vía indirecta; en igual sentido, vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado...*, ob. cit., pp. 488 y 489.

¹³ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo español*, 3ª ed., Madrid, 1.978, p. 50.

¹⁴ Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., pp. 25–27. Fernando VII restableció el viejo orden político. La Constitución Española fue suspendida; las Cortes disueltas y los principales dirigentes liberales encarcelados o desterrados. Pero se mostró incapaz de gobernar el país, constatándose el fracaso económico y financiero, que llevó a la bancarrota del Estado. En el ámbito internacional, quedó relegada a Nación modesta y potencia de segundo orden, que no participó en la reestructuración de la Europa posnapoleónica y no formó parte de ninguna de las alianzas que las potencias europeas suscribieron a lo largo de 1.815. Entre 1.810 y 1.825 perdió su Imperio ultramarino, salvo Cuba, Puerto Rico y Filipinas, que retuvo hasta 1.898.

¹⁵ Cfr. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: últ. ob. cit., p. 29. Según afirman: «La revolución española de enero de 1.820, desacreditó definitivamente a España en ultramar y debilitó sensiblemente la acción militar española»; igualmente, vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., pp. 125–129. El autor comenta que la cuestión americana era de vital importancia; pues la plata americana podía salvarle de la bancarrota, pero sólo un estado solvente podía reconquistar América y éste no lo era.

¹⁶ Vid., al respecto, CARR, R.: últ. op. y loc. cit., los liberales condicionaban el reconocimiento del rey a que jurara solemnemente la Constitución, régimen que repudió. No obstante, hacia el final de su reinado, se presentó como un déspota ilustrado.

¹⁷ Vid. CARR, R.: últ. ob. cit., p. 136. El éxito de la revolución en 1.820 lo explica la debilidad del gobierno de Fernando VII, que terminó aceptando la Constitución Española de 1.812; por su parte, vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., p. 29, afirman que Fernando VII restableció, el 8 de marzo de 1.820, la Constitución Española de 1.812 y aceptó la formación de una Junta Provisional consultiva y de Juntas Provinciales, que asumieron el poder local.

comenzando el trienio liberal, desde 1.820 a 1.823, que concluyó¹⁸ con la intervención extranjera encabezada por el Duque de Angulema, con los Cien Mil Hijos de San Luis¹⁹, restaurando los derechos absolutos del rey hasta su muerte.

Durante el trienio liberal se promulgó el Código Penal de 1.822, que entró en vigor el 1 de enero de 1.823, y tuvo una vigencia de apenas unos meses, al restaurar Fernando VII el absolutismo en abril de ese mismo año.

Tras el fallecimiento del Rey, el 29 de septiembre de 1.833, se produciría una gran crisis sucesoria²⁰, entre el hermano de Fernando VII y la hija de éste, a saber, don Carlos M^a Isidro e Isabel, fruto de su cuarto matrimonio con María Cristina de Borbón-Nápoles. El problema que les enfrentaba era la existencia de la Ley Sálica, que impedía que las hijas de los monarcas heredaran el trono²¹.

Don Carlos M^a Isidro, exiliado en Portugal, publicó el 1 de octubre de ese mismo año el «Manifiesto de Abrantes» haciendo valer sus derechos dinásticos. A su vez, el ministro Cea Bermúdez elaboró otro documento que firmó la Reina Gobernadora María Cristina el 4 de octubre, que tenía como objetivo evitar la guerra civil²², poniendo

¹⁸ Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: últ. ob. cit., pp. 30–35. El trienio liberal se volvió un régimen impopular a principios de 1.823. El motivo final del fracaso del trienio liberal radicó en la débil base social y política que apoyaba al régimen constitucional, que llevaba a un sistema político impracticable, consistente en una especie de monarquía republicana y asamblearia. Pero el Trienio constitucional no resultó un período baldío en la historia española. La segunda etapa de la revolución transformó la vida pública más de lo que pudieron haberlo hecho las Cortes de Cádiz. No obstante, vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., p. 145, quien considera que la existencia en España de un gobierno liberal y constitucional fue motivo de interés para toda Europa –como luego lo sería hacia 1.830 y en el período 1.936-39–. La Revolución Española de 1.820, fue muy contemplada en la Europa de la época, y tanto los decembristas rusos, como los oficiales liberales del Piamonte se inspiraron en las técnicas del liberalismo militar español.

¹⁹ Cfr. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., p. 33. Expresan que: «La liquidación del régimen constitucional se debió a una intervención militar extranjera. Un ejército de ocupación francés de 45.000 hombres permaneció en España hasta 1.828»; asimismo, vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 132–135, quien manifiesta que el ejército francés de los Cien mil hijos de San Luis entró en España en abril de 1.823 para derrocar al régimen constitucional establecido y restablecer en el trono a Fernando VII, conforme al pacto de la Santa Alianza (acordado en el Congreso de Verona de octubre a noviembre de 1.822), firmado por Rusia, Austria y Prusia, a los que luego se uniría Inglaterra, donde se confió a Francia la intervención militar en el conflicto español.

²⁰ Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., p. 40. El pleito legal y político planteado por la sucesión de Fernando VII, a raíz su cuarto matrimonio (11-12-1.829) y del nacimiento de su hija Isabel el 10 de octubre de 1.830, reabrió la cuestión sucesoria, al anular los derechos al trono de su hermano Carlos M^a Isidro; de igual modo vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., p. 160, quien afirma que la muerte de Fernando VII generó una guerra civil entre los partidarios de don Carlos y los defensores del trono de la reina Isabel; en el mismo sentido, vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., p. 135.

²¹ Vid., al respecto, PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., p. 168. La cuestión dinástica planteada a la sucesión de Fernando VII radicaba en la interpretación dada por cada una de las partes a las fuentes de la legalidad sucesoria. El 1 de enero de 1.833 se promulga el Decreto de nulidad de la derogación de la Pragmática, que anulaba el Decreto de 18 de septiembre de 1.832 y que restablecía la Pragmática de 30 de marzo de 1.830, que sancionaba la ley de Cortes de 1.789. De esta manera fue coronada a los tres años de edad Isabel II, bajo la Regencia de su madre, la Reina Gobernadora, María Cristina.

²² Vid., sobre esta cuestión, PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., pp. 172, 182 y 183. Los defensores de don Carlos, llamados carlistas, propugnaban el antiguo régimen político de la monarquía absolutista y la defensa de los Fueros en los territorios donde era de aplicación el antiguo régimen foral.

de su parte a la derecha monárquica²³. Este segundo documento, basado en el reformismo ilustrado de finales del siglo XVIII, mostraba la voluntad de realizar reformas administrativas para dar un valor positivo para el pueblo, que no evitó la guerra civil (1.833-1.839), pero hizo posible el desplazamiento hacia el régimen liberal.

En 1.834, otra circunstancia eximia, invadió el plano político: la imposibilidad de la Constitución de Cádiz para encontrar el justo equilibrio en el ejercicio de poder, entre la Corona y las Cortes, propiciando la redacción de un Estatuto Real²⁴, como medio de instauración del nuevo régimen; pues como afirma SÁNCHEZ AGESTA: «El Estatuto Real de 1.834 (...) fue impuesto por la necesidad de suplir con medios morales la falta de medios materiales, respaldando el trono de Isabel II con la representación nacional e incorporando a su defensa al partido liberal que la propugnaba. Así como en 1.812 las Cortes habían definido su soberanía en ausencia del Rey, aquí era el Trono mismo quien las llamaba para apoyarse en ellas»²⁵. Se trataba, por tanto, de un texto breve, compuesto por 50 artículos, que trataban de la composición, del funcionamiento y de las competencias de las Cortes.

El período que sigue a la aprobación del Estatuto Real fue muy convulsivo, y se hacía evidente la necesidad de promulgar una nueva Constitución²⁶. Esta Constitución de junio de 1.837, fue denominada liberal-transaccionista, pues se debió a un acuerdo entre los liberales moderados y progresistas, y significó un paso atrás respecto de la Constitución de Cádiz, aunque supuso un importante influjo doctrinal a lo largo del siglo XIX²⁷, pues como aseveraba SÁNCHEZ AGESTA: «Los legisladores de 1.837

Por ello, el carlismo se alzó en los países forales como bandera de los fueros amenazados. En el terreno internacional, aunque la Santa Alianza (Rusia, Austria y Prusia) no reconoció a Isabel II y apoyó moralmente a don Carlos, el 22 de abril de 1.834 Inglaterra, Francia, el gobierno portugués de doña María y el gobierno español, firmaron en Londres la Cuádruple Alianza de las potencias liberales de Occidente, cristalizándose la ayuda inglesa a los liberales españoles y portugueses. El 31 de agosto de 1.839 los batallones carlistas se rindieron, firmándose la capitulación de Vergara entre Maroto y Espartero (como representante de los carlistas y de Isabel II, respectivamente).

²³ Vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., p. 211. Las guerras carlistas hicieron que el desarrollo político del país quedara determinado por el equilibrio entre el Ejército y los partidos dinásticos, que aceptaron la monarquía constitucional isabelina como marco de acción contra los enemigos irreconciliables sistema establecido.

²⁴ Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., pp. 42 y 43. El Estatuto Real supuso un acercamiento al gobierno constitucional y permitió el restablecimiento de muchas libertades políticas. Pero decepcionó las expectativas de cambio tras la muerte de Fernando VII, que consideraban la posible restauración de la Constitución Española de 1.812; también, vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., p.165, quien sostiene que los artífices de la Constitución de 1.834 afirmaban haber restablecido las leyes fundamentales de la monarquía. Esta Constitución comprendía las soberanías independientes y paralelas del *rex* y del *regnum*, de la Corona y de las Cortes.

²⁵ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., pp. 243 y 244.

²⁶ Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., pp. 47–53. El 13 de agosto de 1.836, las tropas que custodiaban el palacio de La Granja, obligaron a María Cristina a restablecer la Constitución Española de 1.812 y a nombrar un nuevo gobierno, que presidiría José M^a Calatrava. El 18 de junio de 1.837 se promulgó una nueva Constitución.

²⁷ Vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., p. 165. La Constitución de 1.837 perduró hasta 1.869 como expresión del liberalismo avanzado. Acerca de la misma, vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., p. 48, comentan que supuso un gran avance hacia el gobierno parlamentario, porque establecía un cierto dualismo ejecutivo, ya que aunque reservaba al Rey el derecho de nombrar y separar libremente a los ministros y de convocar y disolver las Cortes, fijaba el poder legislativo en las Cortes con el Rey.

han roto deliberadamente las amarras que vinculaban el constitucionalismo español a una evocación tradicional. Los principios, la estructura y la misma terminología del nuevo texto son espigados de las constituciones extranjeras que se citan con insistencia como fuente de autoridad»²⁸. Esas fuentes en las que se inspiraba eran «las doctrinas del liberalismo radical de Bentham y en el ejemplo práctico de Inglaterra, así como en las Constituciones vigentes en Francia, Brasil y Estados Unidos»²⁹.

La situación política desembocó en los sucesos revolucionarios de julio de 1.840³⁰ en Barcelona. Además, en ese año se aprobó la Ley de Ayuntamientos³¹, que llevó al General Espartero, progresista e ídolo popular, a dar un golpe de estado –que en palabras de PALACIO ATARD «era la conclusión casi natural de la situación creada desde 1.833»³²–, haciéndose con la presidencia del gobierno provisional, a la vez que la Reina Regente María Cristina abdicó y se exilió a Francia, asumiendo él mismo la regencia y Argüelles la tutela de la joven Reina Isabel II.

1.2. LA PREPONDERANCIA MILITAR 1.840-1.874

La etapa de preponderancia militar estuvo caracterizada por una inestabilidad política, en la que «el ejército se constituyó en el elemento esencial del cambio político»³³, en el que los militares se sublevaban, ligados a partidos políticos, e incluso, en ocasiones, a instancia de ellos; aunque en otras ocasiones los evitaron³⁴. Esta etapa comenzó con el período 1.840 a 1.843, muy convulso y poco fructífero, que finalizó con la caída de Espartero³⁵.

²⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., p. 267.

²⁹ Cfr. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., p. 199.

³⁰ Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., p. 16. La transición del Antiguo Régimen al régimen liberal se desarrolló en un clima de permanente crisis política, administrativa e institucional y de profunda división nacional. El triunfo del liberalismo no se produjo hasta bien entrado el siglo XIX (1.840), con la victoria de las tropas liberales sobre el carlismo en la guerra civil que estalló en 1.833, constituyendo el Ejército el verdadero instrumento de la revolución liberal; en idéntico sentido, cfr. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., p. 223.

³¹ Cfr. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., p. 201. «El Art. 70 de la Constitución propugnaba que los Ayuntamientos serían elegidos por los vecinos según las condiciones que fijara la correspondiente ley que habría de aprobarse a este fin». Los progresistas abogaban por la libre elección de los alcaldes por los vecinos, en contra de la opinión de los moderados, que querían que la designación fuera Real. Al aprobarse la ley municipal de 1.840 según la tesis progresista Espartero se enfrentó con la Reina Gobernadora.

³² Cfr. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., pp. 223–228. El General Espartero exigía a María Cristina que anulara la Ley de Ayuntamientos y disolviera las Cortes. La Regente dimitió y se exilió el 12 de octubre de 1.840, asumiendo provisionalmente aquél la Jefatura del Estado.

³³ Cfr. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., p. 53.

³⁴ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 223–228.

³⁵ Vid. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., pp. 223–237. Espartero llegó al poder en 1.840; en octubre 1.841 se produjo un intento frustrado de alzamiento militar moderado. El 24 de mayo de 1.843 se produjo la sublevación de la milicia nacional en Málaga, seguida por otros puntos de Andalucía y de Cataluña. A destacar entre éstos, la sublevación del general Prim en Reus. El 27 de junio de 1.843, Narváez –que se había exiliado tras los sucesos de Sevilla de noviembre de 1.838, donde presidió una junta revolucionaria– desembarcó en Valencia. El 17 de julio, en Torrejón de Ardoz (Madrid), las tropas capitaneadas por ambos llevaron a cabo un «simulacro de combate» (en el que las tropas de Espartero se pasaron al bando enemigo). A resultas de la contienda, Narváez entró vencedor con sus tropas en Madrid,

El 10 de mayo de 1.844 se constituyó el primer gobierno Narváez³⁶, y por un período de diez años los moderados se situaron en el poder, en lo que se denominó la «década moderada», que sucedió al trienio de los «progresistas». El 10 de octubre de 1.843 comenzó el reinado de Isabel II al cumplir los catorce años.

Con la llegada de los moderados, el Congreso y el Senado perdieron relevancia y se dictaron medidas que reforzaron el centralismo y el autoritarismo. Se produjo el cambio del texto constitucional, por la Constitución de 1.845³⁷, de la que SÁNCHEZ AGESTA opinaba: «estabilizó una práctica y un juego político de las instituciones al que estaban adheridos usos viciosos y abusivos, pero que con retoques, eclipses, interpretaciones y violaciones implícitas, cubrió la vida española por espacio de cuatro lustros. Cuatro veces se intentó su reforma y aun en dos de ellas se puso en práctica. Como un fénix resurgió de sus cenizas, quizá porque fue el texto que acertó mejor a expresar el equilibrio social y político de mediados de siglo»³⁸.

El 10 de octubre de 1.846 –día de su dieciséis cumpleaños– Isabel II contrajo matrimonio con su primo Francisco de Asís, duque de Cádiz, por el que la Reina no sentía atracción alguna, por lo que sería un matrimonio desventurado, que influyó a la Reina en lo personal hasta tales extremos, que generó dificultades políticas posteriores.

La Constitución de 1.845 tampoco perduraría en el tiempo; constituyendo el proyecto de reforma constitucional un factor desencadenante de crisis, cristalizado en los sucesos de 1.848. Se trató de una crisis política frustrada, unida a una época de desórdenes públicos –determinados por el comportamiento de los progresistas, que se derivaba del clima revolucionario que se extendió por Europa en ese mismo año– que el gobierno supo dominar sin problemas, gracias a su actitud firme que se materializó en la «dictadura liberal».

Durante este período de la «dictadura liberal» se aprobó un nuevo Código Penal, que entró en vigor el 18 de marzo de 1.848 y otro con posterioridad en 1.850. También se promulgó la Constitución de 1.852, de escasa vigencia; pues, la Revolución de 1.854, con huelgas y choques entre patronos y obreros, y la conspiración militar dirigida por O'Donnell³⁹, devolvió a Espartero a la presidencia del Gobierno, surgiendo así el

al tiempo que Espartero huyó a Cádiz, para salir al exilio, estableciéndose en Londres. Narváez, que no tenía experiencia política previa, se mantuvo en el poder hasta 1.851, salvo algunos breves intervalos.

³⁶ Cfr. PALACIO ATARD, V.: *últ. ob. cit.*, p. 234. En una época en la que la práctica totalidad de los generales eran liberales, o podría decirse constitucionales, Narváez era el menos liberal de todos ellos. En 1.843 declaró delante de las Cortes: «al hablar de mí respecto de la Monarquía, quiero que se sepa, y que no se desconozca, que las heridas que tengo, que la sangre que he derramado, que los servicios de toda mi vida, han sido por la causa de la libertad y por la Ley Fundamental del Estado. Yo no he seguido jamás otra bandera».

³⁷ Además de la modificación de la Constitución, en el período mayo 1.844–mayo 1.846, se elaboró una Ley de Imprenta, una nueva Ley Electoral, se realizó la reforma tributaria, se llevó a cabo la reforma de la Instrucción pública y se creó la Guardia Civil.

³⁸ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, *ob. cit.*, p. 301.

³⁹ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, *ob. cit.*, pp. 285–290. La revolución de 1.854 tuvo un doble origen: por un lado, la conspiración militar de O'Donnell, apoyada por políticos moderados de línea puritana; y por otra, una conspiración progresista, que secundó el golpe militar contra el Gobierno, a través de una insurrección urbana de las «barricadas». La Revolución comenzó el 28 de junio de 1.854, con la Batalla de Vicálvaro y triunfó el 18 de julio de ese mismo año. En medio de la

denominado «bienio liberal», caracterizado por una pugna en el poder, entre el ala de la izquierda progresista y la derecha conservadora, con dos épocas distintas: hasta julio de 1.855, en que aumentó la fuerza progresista de izquierda; a partir de esa época tomarían relevancia los moderados.

Estando los progresistas en el gobierno, se elaboró en 1.856 el texto constitucional, que en palabras de SÁNCHEZ AGESTA: «sigue la línea y el plan de las Constituciones de 1.837 y 1.845 (...) Esta Constitución refleja más genuinamente más que ningún otro documento el ideario del partido progresista»⁴⁰. No llegó a ser promulgada⁴¹, porque el bienio liberal finalizó con la vuelta del moderado Narváez al gobierno el 12 de octubre de 1.856, al que a su vez sucedió el liberal O'Donnell que formó gobierno el 30 de junio de 1.858, hasta el 17 de enero de 1.863 y posteriormente volvería Narváez al gobierno hasta septiembre de 1.868.

En el sexenio 1.868-1.874 tuvieron lugar dos crisis bélicas, que marcarían el proceso revolucionario en España. Una de ellas fue la de las Colonias de ultramar y la otra la segunda guerra carlista, que comenzó en 1.872. Con esa situación bélica, una nueva oleada revolucionaria concluyó con la Revolución de 1.868⁴², denominada la «Gloriosa»; con dos objetivos definidos, el derrocamiento de Isabel II, y el sufragio universal como expresión suprema del espíritu y de la doctrina democrática. El primero de los objetivos se cumplió el 30 de septiembre de 1.868.

De 1.869 a 1.873 se probaría la «Monarquía democrática»⁴³, instituida sobre los principios de la soberanía nacional y el sufragio universal. El establecimiento de la Monarquía democrática se llevó a cabo, primero mediante la aprobación en Cortes de la Constitución de 1.869⁴⁴ –que en palabras de Canovas «otorga al Estado grandes

confusión general, la Reina llamó a Espartero, que se hizo con la presidencia del Gobierno, quedando O'Donnell como Ministro de la Guerra.

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., p. 306.

⁴¹ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., p. 291. La nueva Constitución había quedado preparada por las Cortes constituyentes en enero de 1.856, a expensas de recibir su aprobación final; de esta época resultaron también la Ley de Desamortización General de 1 de mayo de 1.855 y la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1.855, donde se realizaban las concesiones ferroviarias subsiguientes.

⁴² Vid. FUSÍ GAMIR, J. P.; PALAFOX AIZPÚRUA, J.: *España: 1.808-1.996...*, ob. cit., pp. 66–77. Durante el reinado de Isabel II España era, esencialmente, un país dual, en el que coexistían una economía estancada y de subsistencia y una economía moderna y capitalista. El Ejército produjo un nuevo cambio político, a través del pronunciamiento llevado a cabo por Prim, con apoyo civil y popular, que provocó el derrocamiento de Isabel II, que se exilió en Francia en septiembre de 1.868, cambiando la dinastía monárquica; por su parte, vid. CARR, R.: *España...*, ob. cit., pp. 293–309, comenta que la revolución de 1.868 se generó por la crisis de 1.867, cuando los sufrimientos del pobre se unieron al descontento del rico, lo que produjo una situación explosiva. En esta situación, Prim creía que con un rey, podría estabilizar la revolución.

⁴³ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., p. 352. La fórmula de la Monarquía democrática viene recogida en el Art. 34 de la Constitución de 1.869: «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes. El Rey sanciona y promulga las Cortes».

⁴⁴ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., p. 403. En el título primero de la Constitución, se sentaban los derechos y garantías individuales. El título segundo trataba del carácter y naturaleza de los poderes públicos. La declaración amplísima de derechos y sus garantías, pretendía cerrar así el paso a la arbitrariedad, al ser derechos imprescindibles e inalienables, que estaban por encima del legislador.

atribuciones en la vida humana, no sólo como institución de Derecho y garantía de derechos, sino como instrumento natural y necesario de progreso y de perfección para los hombres»⁴⁵-. Después, mediante la elección de un Monarca. Ese proceso se produjo el 16 de noviembre, mediante el debate en Cortes para elegir como Rey a Amadeo I de Saboya⁴⁶, que fue aceptado el 16 de noviembre de 1.870, y que abdicó, tras una nueva crisis política, el 11 de febrero de 1.873, la cual pretendió solventarse con la instauración de la Primera República⁴⁷, que perduró durante el período 1.873-1.874, y que vio como Jefes de Gobierno a Figueras (12 de febrero de 1.873 a junio de ese mismo año), Pí y Margall (11 de junio al 18 de julio de 1.873), Salmerón (20 de julio al 5 de septiembre de 1.873) y Castelar (6 de septiembre de 1.873 al 3 de enero de 1.874).

En 1.870 se aprobó un nuevo Código Penal, que pretendía suavizar los aspectos demasiado duros de los Códigos del 48 y del 50.

El 4 de enero de 1.874 Pavía dio un golpe de Estado y disolvió las Cortes, poniendo fin a la República y convocando a todos los partidos, a excepción de federales y carlistas, para formar un gobierno provisional, que se encargó a Serrano⁴⁸. Se declaró el mantenimiento de la Constitución de 1.869, aunque quedó provisionalmente, en suspenso.

⁴⁵ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., p. 334.

⁴⁶ Vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 406-419. La aprobación de la Constitución significaba modificar los instrumentos de poder y contemplaba la elección de un Monarca y, entre tanto, la instauración de una Regencia. Nombrándose para tal fin al progresista Prim como Jefe de Gobierno. Para la elección de Rey hubo una serie de fases: a) una fase de tanteos iniciales entre varias candidaturas que duró hasta 1.870. Los candidatos en esta primera fase fueron Antonio de Orleans, duque de Montpensier (candidato de los unionistas, al que se oponía los progresistas) y Fernando de Coburgo, Rey viudo de Portugal. Coburgo y Saboya rechazaron el ofrecimiento; b) en febrero de 1.870 se propuso formalmente a la Casa Real prusiana de los Hohenzollern, cuya candidatura se malogró por la guerra franco-prusiana en julio de 1.870; c) la fase final, en la que se harían los últimos intentos con los Coburgo, que no prosperaron y la candidatura de la Casa de Saboya y la elección de Amadeo I de julio a noviembre de 1.870. El 27 de diciembre, Prim fue asesinado, truncándose el proceso político de la Revolución de 1.868. Le sustituyó en la presidencia Serrano, que instituyó un gobierno de coalición formado por progresistas, unionistas y demócratas.

⁴⁷ Cfr. CARR, R.: *España...*, ob. cit., pp. 309 y 310. El autor afirma al respecto: «Amadeo fue rechazado por los republicanos, los carlistas y el grupo de aristócratas alfonsinos que iba creciendo lentamente. Sin embargo, Amadeo, el nuevo monarca, no suscitaba ningún entusiasmo, con lo que dimitió y se instauró la Primera República»; asimismo, vid. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 435 y 436; el autor sostenía que el advenimiento de la República supuso una transmisión ordenada y pacífica del poder, efectuada por las instituciones constitucionales vigentes, pero al margen de la legalidad constitucional. Se hizo abdicar ilegalmente a Amadeo de Saboya y se invitó al Senado a reunirse conjuntamente con el Congreso –lo cual era ilegal, porque el Art. 47 de la Constitución prohibía expresamente la deliberación conjunta del Congreso y del Senado–, que eligieron el primer gobierno (Poder Ejecutivo) de la República a las doce de la noche de aquel mismo día; por otra parte, cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., p. 350, afirmaba que con la instauración de la república «murió la Constitución de 1.969. Y así fue como el proceso revolucionario pasó de la Monarquía a la República; para volver de nuevo a la Monarquía, muerto ya el impulso revolucionario, pero a una Monarquía diversa de la concebida por la Revolución».

⁴⁸ Cfr. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., p. 456. Serrano decretó el 8 de enero de 1.874 el final de la República con estos términos: «la opinión pública, sirviéndose del brazo providencial del Ejército, ha disuelto las últimas Cortes Constituyentes. El país ha prestado a este acto su más unánime consentimiento; el Poder Ejecutivo de la República acepta todas sus responsabilidades y, en consecuencia, decreta lo siguiente: Art. 1º. se declaran disueltas las Cortes Constituyentes de 1.873. Art. 2º. el Gobierno de la República convocará Cortes ordinarias tan luego como, satisfechas las necesidades del orden, pueda funcionar libremente el sufragio universal».

1.3. LA RESTAURACIÓN MONÁRQUICA 1.874-1.900

El 29 de diciembre de 1.874, se dio paso a la Restauración monárquica, con la proclamación del rey Alfonso XII⁴⁹, cuyo reinado duró casi once años y tuvo fundamentalmente dos gobernantes: Cánovas y Sagasta, a los que se debió la consolidación de la Monarquía. El 24 de mayo de 1.876 se promulgó una nueva Constitución, que para SÁNCHEZ AGESTA era: «un texto que pueda adaptarse por los distintos partidos a las diversas soluciones que exijan los tiempos. Sobre todas las cuestiones que quedan sin resolver está abierto el debate. Esto es algo más de una solución flexible; esto es la esencia misma del régimen liberal»⁵⁰. Para PALACIO ATARD: «al cabo de sesenta años de tentativas invalidadas España iba a tener un instrumento constitucional estable»⁵¹.

En esta época se llevaría a cabo la práctica del «turno de partidos», que funcionó razonablemente hasta 1.909. La condición para este sistema era la existencia de dos partidos fuertes, capaces de ser una alternativa de gobierno al partido en el poder.

Esta práctica tuvo dos fases claramente diferenciadas; la primera durante el reinado de Alfonso XII, hasta 1.881, donde Cánovas, con breves paréntesis, presidió tres gobiernos, al que sucedió, hasta 1.883, Sagasta, tras una crisis que demostró la efectividad y la confianza de los políticos en el sistema del «turno». La segunda fase tendría lugar tras la muerte de Alfonso XII, con el llamado «pacto de El Pardo», que una vez más demostró su eficacia y que llevaría a Sagasta, de nuevo, al gobierno, en noviembre de 1.885.

Los problemas con que se encontraría la Monarquía en ese momento y que debía abordar fueron, por una parte, de pacificación política –mediante un sistema pluralista de gobierno–, y por otra, de pacificación militar, para poner fin a la guerra carlista, que en ese momento se libraba, y a la guerra de Cuba. Respecto a la guerra carlista, ésta concluiría el 16 de febrero de 1.886 cuando el general Primo de Rivera tomó Montejurra y entró en Estella, disolviéndose el ejército carlista. Respecto a la guerra de Cuba, el general Martínez Campos, tras una serie de victorias, encauzó la guerra ofreciendo una serie de reformas administrativas y concesiones al autogobierno, consiguiendo así la Paz de Zanjón el 12 de febrero de 1.878. No obstante, la tensión separatista volvería a hacerse muy palpable en 1.894 comenzando la segunda guerra de independencia cubana

⁴⁹ Vid. CUENCA TORIBIO, J. M.: *Estudios de Historia moderna y contemporánea*, Madrid, 1.973, pp. 109 y 110; como señalaba, el 29 de diciembre de 1.874 el general Martínez Campos proclamó, a Alfonso XII como rey de España. La restauración alfonsina era el cauce para organizar la convivencia nacional, sobre el supuesto de la paz ciudadana. Vid., asimismo, DE MADARIAGA, S.: *España...*, ob. cit., p. 73. Como Alfonso XII había conocido la adversidad, su educación para reinar era más completa que la media de otros posibles candidatos al trono.

⁵⁰ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Historia del Constitucionalismo...*, ob. cit., p. 381.

⁵¹ Cfr. PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XIX...*, ob. cit., pp. 516 y 517. El autor afirma que la característica principal de la Constitución de 1.876 residía en la sobriedad de la declaración de principios, que hacía que su interpretación fuera flexible, con lo que las leyes orgánicas que debían desarrollarlos eran adaptables al programa del color del partido político que estuviera en el poder en el momento en que éstas fueran aprobadas.

el 24 de febrero de 1.895⁵².

El 25 de noviembre de 1.885 murió prematuramente Alfonso XII, haciéndose con la Regencia su viuda María Cristina Habsburgo-Lorena, que en esos momentos se encontraba encinta de Alfonso XIII, que nació el 27 de mayo de 1.886 y que quedó proclamado Rey al nacer⁵³.

La Regencia de María Cristina, fue una época marcada por la pérdida de las Colonias españolas de ultramar. Estados Unidos, que en reiteradas ocasiones, había intentado comprar la isla de Cuba al Gobierno español, declaró formalmente la guerra a España el 25 de abril de 1.898. La guerra se desarrolló en dos puntos: las Antillas y el Archipiélago filipino. Santiago de Cuba se rindió el 17 de julio. El 12 de agosto, Estados Unidos ocupó Puerto Rico. El 1 de octubre comenzó en París la apertura de negociaciones para el Tratado de Paz que se firmó el 10 de diciembre⁵⁴. Con dicho Tratado se consumó el «Desastre», «el papel de España en el mundo se vio modificado de una forma sustancial a partir de ese momento»⁵⁵. La sociedad quedó sumida en un sentimiento de desolación inicial, pero que a la larga, produciría reacciones positivas⁵⁶. Así, finalizaría lo que se denominó «la revolución canovista», con una vigencia de 1.875 a 1.898, comenzando la denominada «etapa revisionista de la restauración», que duró desde 1.898 hasta 1.912⁵⁷ y que trataremos en la historia del Siglo XX.

Finalizamos el estudio de la historia del siglo XIX mostrando el cuadro de las Constituciones decimonónicas, con sus fechas de promulgación y sus rasgos más característicos y seguidamente un cuadro que recoge, de manera gráfica, la historia del siglo XIX español, incluyendo los regentes, hechos históricos más destacables del período, constituciones promulgadas y no promulgadas, Códigos penales en vigor y

⁵² Vid. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., pp. 510–512.

⁵³ Vid. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., p. 531. Alfonso XII tenía dos hijas, pero la Reina viuda se encontraba en su tercer embarazo del que podía nacer un varón. El problema que se planteaba era si proclamar Reina a su hija mayor, la princesa Mercedes, según el Art. 60 de la Constitución o esperar a que la Reina diera a luz. La decisión tomada por Canovas y Sagasta fue designar a la Reina viuda como Regente, a título indeterminado «del príncipe o princesa que deba legítimamente suceder» a Alfonso XII «según lo dispuesto en el Art. 60 de la Constitución».

⁵⁴ Vid. PALACIO ATARD, V.: últ. ob. cit., pp. 567–569. En el Tratado se recoge la renuncia a Cuba; a las Islas Guam en las Marianas; y al Archipiélago filipino, con Mindanao y Joló. El Desastre influyó en la decisión de deshacerse de los restos del Imperio en el Pacífico –en junio de 1.899 se vendieron a Alemania las Islas Carolinas, las Marianas y Palaos– y de disminuir los límites territoriales del Sahara y Guinea Ecuatorial frente a Francia, en el tratado de 1.900. En el mismo sentido, vid. DE MADARIAGA, S.: *España...*, ob. cit., p. 76.

⁵⁵ Cfr. TUSELL, J.: *Historia de España en el siglo XX. I. Del 98 a la proclamación de la República*, Madrid, 1.998, p. 16.

⁵⁶ Vid. TUÑÓN DE LARA, M.: «Rasgos de la crisis estructural a partir de 1.917» en VV.AA.: *La crisis del Estado español. 1.898-1.936*, VIII coloquio de PAU, 1ª ed., Madrid, 1.978, p. 18. La derrota de 1.898 no produjo una crisis económica en el territorio del Estado, sino en ciertos sectores: textil catalán; navegación; cerealista; al respecto, vid. DE LA CIERVA Y DE HOCES, R.: *Historia básica de la España actual (1.800-1.980)*, Barcelona, 1.981, pp. 150 y 151, afirma que una situación tan crítica sólo podía salvarse mediante la reforma total; pero las instituciones que debían realizarla no se encontraban en disposición de acometerla.

⁵⁷ Vid. TUSELL, J.: *Historia de España...*, ob. cit., p. 65. Los años finiseculares presenciaron una actitud contraria al liberalismo parlamentario, con propensión hacia fórmulas autoritarias, aunque cuando se propusieron éstas como programa, fueron siempre temporales y limitadas.

proyectos de Código, así como la vigencia de las Ordenanzas de Farmacia.

CUADRO DE LAS CONSTITUCIONES DECIMONÓNICAS

Constitución	Promulgación	Rasgos principales
Constitución de 1.808	José Bonaparte en Bayona. No fue aplicada.	Establece la Monarquía hereditaria, exclusivamente por línea de varón. Se mantienen las Cortes estamentales y el Senado. Se establece la separación e independencia del poder judicial y la unidad de códigos, excepto en los territorios forales.
Constitución de 1.812	Aprobada por las Cortes de Cádiz el 19 de marzo de 1.812	Consta de 384 artículos. La soberanía reside en la nación y a éste corresponde el derecho a establecer sus leyes fundamentales; división de poderes: el poder legislativo corresponde a las Cortes, dotadas de una sola cámara, con una prerrogativa real de promulgar leyes y un derecho de veto transitorio; el poder ejecutivo reside en el Rey y el poder judicial reside en los Tribunales; y derecho a la representación: los diputados ostentan representación nacional. Los derechos políticos de los ciudadanos no están contenidos en un título separado, sino que se distribuyen a lo largo del texto. Proclama la igualdad de los ciudadanos ante la ley y consagra el derecho a la propiedad.
Estatuto real de 1.834	Promulgado por María Cristina el 10 de abril de 1.834	Es, ante todo, una ley de Bases para un Reglamento de las Cortes. Sus 50 artículos tratan de la composición, funcionamiento y competencias de las Cortes, que serán bicamerales, formado por una Cámara alta y una Cámara baja. El control de las Cortes corresponde al Rey, que se reserva la iniciativa en las deliberaciones legislativas. No menciona los «derechos del hombre».
Constitución de 1.837	Aprobada en Cortes en junio de 1.837	Refleja espíritu de compromiso, por parte de los progresistas. Se compone de trece títulos y 77 artículos y dos disposiciones adicionales. En el preámbulo se presenta

		<p>como una «revisión de la de Cádiz». Aunque confirma la soberanía nacional sobre la real, desaparecen las restricciones a las facultades de la autoridad real. El Rey comparte la iniciativa legislativa, sanciona las leyes y tiene derecho de veto. También nombra y separa a los ministros. Las Cortes son bicamerales, compuestas por el Congreso y el Senado, con un sistema de elección mixta, en el que el pueblo elige a los miembros del congreso y el rey elige a los del Senado, de entre todos los elegidos por el pueblo. Las leyes deben ser aprobadas por ambas cámaras. Se suprime la confesionalidad religiosa del Estado.</p>
<p>Constitución de 1.845</p>	<p>de 23 de mayo de 1.845</p>	<p>Refleja un abandono, por parte de los moderados del espíritu de compromiso reflejado en la de 1.837. Consta de 80 artículos distribuidos en trece títulos. Las modificaciones afectan a los puntos pragmáticos y doctrinales de la Constitución de 1.837. En cuanto a la soberanía, ésta reside en el Rey y las Cortes, no en la nación; así el art. 12 dice que «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey». Respecto a la Constitución de 1.837, se robustece la autoridad del monarca. Se mantiene el sistema bicameral de las Cortes, siendo elegido por sufragio censitario y los senadores vitalicios por designación real. Se reduce la autonomía municipal y se suprime la milicia nacional. En cuanto a la confesionalidad religiosa del Estado, que había sido suprimida por la Constitución de 1.837, se impone, de nuevo, y el Estado obliga a mantener el culto y se ratifica solemnemente la unidad religiosa.</p>
<p>Constitución de 1.856</p>	<p>Aprobada en Cortes, no fue promulgada</p>	<p>Su espíritu se basa en la de 1.837; refleja el ideario del partido progresista y está inspirada en un «espíritu de revancha» frente a los moderados y a la</p>

		<p>Constitución de 1.845.</p> <p>Se compone de 92 artículos distribuidos en quince títulos. Recoge la soberanía nacional, las restricciones a la autoridad del Rey, la elección de los miembros del Senado, la elección de los alcaldes por los ciudadanos, el reconocimiento de la Milicia nacional y la libertad de prensa, mediante el restablecimiento de los jurados de imprenta.</p>
<p>Constitución de 1.869</p>	<p>Proyecto presentado en Cortes el 30 de marzo de 1.869. No fue promulgada</p>	<p>De carácter liberal-progresista</p> <p>Consta de un preámbulo, doce títulos y 112 artículos, más dos disposiciones transitorias.</p> <p>Su inspiración se basa: para la parte orgánica en las constituciones de 1.812 y 1.837; para la declaración de los derechos del hombre, la organización judicial autónoma y el Senado, en la Constitución de los EE.UU. y la Common Law británica.</p> <p>Hace una amplia declaración de los derechos y garantías de los individuos-entre ellos, el sufragio universal y la libertad de reunión y asociación-, que están por encima del legislador y, por eso, son imprescindibles e inalienables. La soberanía reside en la nación, que es quien crea una monarquía democrática. La división de poderes ensalza al poder legislativo, que reside en las Cortes, que son bicamerales, pero la iniciativa de las leyes corresponde al Rey y a los órganos colegisladores. Se define el método de composición del Congreso y el Senado. Se reducen las facultades del Rey, respecto a anteriores constituciones. Se fortalece el poder judicial, que consagra su independencia, reforzándose la inmunidad de jueces y magistrados. Se reconoce la unidad de códigos y fueros. Se democratizan los municipios y las diputaciones.</p>
<p>Proyecto de Constitución de 1.873</p>	<p>No fue promulgada</p>	<p>Proyecto elaborado por Castelar en 24 horas, en tiempos de la I República, debido a la situación de emergencia</p>

		<p>imperante, que queda impresa en el preámbulo: la salvaguarda de las libertades democráticas conquistadas en la revolución de 1.868, la división de poderes, para evitar una dictadura y la división del territorio por razones históricas o conveniencia actual. La doctrina del liberalismo radical de la Constitución de 1869 se recoge en el título preliminar y en el título II.</p> <p>Se compone de un título preliminar – que recoge la declaración de derechos naturales y libertades inherentes a «toda persona humana»- y 17 títulos desarrollados en 117 artículos. Se inspiraba en la Constitución de 1.869 y en la de Estados Unidos.</p> <p>Se incluyen 29 artículos de la Constitución de 1.869 y se añaden artículos sobre libertad de culto y separación entre Iglesia y Estado. El individuo ejerce la soberanía a través del sufragio y a través de los órganos políticos de la República: el Municipio, el Estado y la Federación. Esto es así porque la forma de estado es la república democrática, con una división territorial del poder basada en el sistema federal.</p> <p>El poder se divide en legislativo, ejecutivo y judicial, al que se suma un «poder de relación», que es el del Presidente de la República; es decir, hay una división del Ejecutivo. El poder legislativo reside en las Cortes bicamerales –donde el Senado tiene un carácter representativo de los estados o regiones federadas- y no puede ser disuelto por el ejecutivo. No se exige confianza parlamentaria: el gobierno no responde ante las Cortes. El Presidente de la República es elegido por sufragio universal indirecto y no es reelegible, tiene iniciativa legislativa y promulga las leyes. El poder judicial reside en el Tribunal Supremo, que además de las</p>
--	--	---

		funciones judiciales ordinarias, debe velar por la constitucionalidad de las leyes y en problemas de competencia entre poderes.
Constitución de 1.876	Aprobada por el Congreso el 24 de mayo. Sancionada por el Rey el 30 de mayo de 1.876	<p>No era una Constitución «de partido», sino de corte transaccionista, como resultado de un acuerdo entre diversas corrientes del liberalismo moderado y conservador.</p> <p>Consta de 13 títulos, que desarrollan 89 artículos. La sobriedad en la declaración de principios, permite la amplitud de en la interpretación de los mismos, con lo que las leyes orgánicas que los desarrollan, quedan adaptables al programa del partido político que esté en el poder, con lo que posibilitó el juego político en las décadas que siguieron.</p> <p>Los derechos individuales en el título I son los clásicos del liberalismo: seguridad personal, inviolabilidad del domicilio y correspondencia, libertad de residencia, libertad de conciencia, de profesión y de instrucción, derechos de reunión, asociación y petición, igualdad ante los empleos públicos y garantías jurídicas penales y procesales.</p> <p>El principio de soberanía se resuelve mediante la fórmula de doctrina liberal del pacto entre La Corona y las Cortes, que se entienden instituciones previas a cualquier constitución escrita y en ellas recae el poder legislativo. Las Cortes son bicamerales. Es una monarquía parlamentaria, aunque con poderes reforzados, en la que el poder ejecutivo reside en el Rey y sus ministros, nombrados libremente por él. La persona del Rey es sagrada e inviolable. Se establece un sistema de doble confianza; sólo contando con la confianza del Rey y de la mayoría parlamentaria se podrá ejercer el gobierno. El Congreso de los Diputados ratifica con sus votos la confianza del</p>

		<p>gobierno. En el caso de que el Rey encargue gobierno a un partido minoritario, tendrá la facultad de disolver las Cortes, para que el nuevo gobierno pueda hacer la elección, en la que tenga mayoría.</p> <p>La Administración de justicia (denominada de esta forma, en lugar de poder judicial), establece la unidad de códigos, la potestad judicial de los tribunales y la inamovilidad de jueces y magistrados, como base de su independencia.</p> <p>La administración provincial recae en las Diputaciones y Ayuntamientos, cuya organización se remite a las correspondientes leyes orgánicas.</p>
--	--	--

Historia gráfica del siglo XIX español

	1800	1805	1810	1815	1820	1825	1830	1835	1840	1845	1850	1855	1860	1865	1870	1875	1880	1885	1890	1895	1900						
Regente	Carlos IV		José I		Fernando VII			Regencia M ^a		Espano terero		Isabel II				Primo Amadeo I	Alfonso XII		Regencia M ^a Cristina								
Hechos históricos	Guerra Independencia		D. Val	Trien Liber	S. Luis	Guerra Civil		Regencia de Espartero	Progre- sistas	Década moderada		Pr o- gre	Mo- de- rad	Progre- sistas	Mode- rados	Progre- sistas	I República	Moderados	Progre- sista	Progre- sistas	Mo- de- rad	Progre- sista	Mo- de- rad	Progre- sista	Mo- de- rad	Pr g.	M
Cc. en vigor			18- 12	Absolu- tismo	18- 12	Absolutismo		18- 34	Constitución de 1.837							Constitución de 1.876											
Cc. no promulg.	18 08								18 45		18 56				18 69	18 73											
Código Penal					Código Penal de 1.822				1.8 48	Código Penal de 1.850				Código Penal de 1.850													
Pyto. C. Penal			18 13			18 30									18 73	18 77	18 80	18 82	18 84	18 86	18 91	18 95	18 99				
Ord. Farmacia	Ordenanzas de Farmacia de 1.800										Ordenanzas de Farmacia de 1.860																

2. LAS ORDENANZAS DE FARMACIA

Estimamos necesario incluir el presente apartado en nuestro análisis por las siguientes razones: 1º. Consideraciones cronológicas, pues la primera Ordenanza de Farmacia es anterior al Código penal de 1.822; 2º. los Códigos decimonónicos no aludían a los tipos de sustancias consideradas como drogas, encontrándose éstas catalogadas en la Ordenanza de Farmacia de 1.860; 3º para distinguir los códigos –que refieren en el tipo penal «*las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos*»– de la normativa administrativa aplicable.

2.1. CONDICIONANTES HISTÓRICOS

El primer registro histórico del que se tiene noticia, sobre la ordenación del ejercicio de farmacia en España, data del año 1.272, dictada por Jaime I el Conquistador, de aplicación en el reino de Aragón y Cataluña. Posteriormente, en 1.441, el gremio de boticarios en Valencia se transformó en colegio, con potestad para examinar y dar licencia a los farmacéuticos, extendiéndose la apertura de otros colegios a diversas zonas de nuestra geografía como: Barcelona, Zaragoza o Navarra; llegando los Reyes Católicos, en el año 1.477, a crear el Tribunal protomedicato⁵⁸.

Aunque, para la dispensa de medicamentos era requisito imprescindible la posesión del título de boticario, eran muchos los médicos y religiosos que ejercían tal actividad. De ahí que el Papa Inocencio XI, a finales del siglo XVII, prohibiera al clero el ejercicio público de la farmacia y ello a solicitud del Colegio de Barcelona.

En 1.780, Carlos III dividió el Tribunal protomedicato, y creó uno específico para regir la farmacia en España, conocido con el nombre de Tribunal profarmaceuticato.

El 24 de marzo de 1.800 fueron expedidas las primeras Ordenanzas de Farmacia, que serían posteriormente derogadas por las Ordenanzas de 18 de Abril de 1860.

A continuación examinaremos las Ordenanzas de Farmacia españolas, en vigor durante el siglo XIX.

2.2. ORDENANZAS DE FARMACIA DE 1.800

Las Ordenanzas de Farmacia de 1.800⁵⁹ se encontraban recogidas en la Ley VIII

⁵⁸ Cfr. voz «farmacia», en *Gran Enciclopedia Larousse*, tomo 9, Barcelona, 1.993, p. 4.236.

⁵⁹ La Ordenanza de Farmacia de 24 de marzo de 1.800 se componía de dieciocho artículos. El art.1. trataba de la composición de la Junta; el art. 2. de la denominación de la Junta; el art. 3. de la autoridad de la Junta; el art. 4. de la expedición de títulos de Bachilleres, Licenciados y Doctores en Farmacia; el art. 5. del nombramiento de visitadores; el art. 6. de la celebración de sesiones por parte de la Junta; el art. 7. de la adopción de resoluciones por parte de la Junta; el art. 8. de la firma de representaciones y oficios que se hubieran acordado; el art. 9. de la obligación que pesaba sobre los Colegios de Farmacéuticos, Escuelas de la Facultad y los individuos de ella, de obedecer puntualmente

del Título XIII, del Libro VIII de la Novísima Recopilación, mandada formar por el rey Carlos IV en 1.804, bajo la rúbrica de «Establecimiento de la Real Junta Superior Gubernativa de Farmacia; aprobación y observación de sus ordenanzas».

Gracias a ella, se estableció una Junta Superior Gubernativa para el régimen y dirección de la Farmacia, con el fin de fomentar: *el beneficio de la salud, por hallarse esta Facultad, en un estado de abatimiento y degradación, por no haberse dado hasta entonces, instrucción competente ni metódica a los que se dedicaban a ella, siendo necesario por ello, la formación de unas nuevas ordenanzas para el régimen de Farmacia, en las cuales se habrían de especificar, las facultades y las prerrogativas correspondientes a dicha Junta superior Gubernativa*⁶⁰.

Para el objeto de nuestro trabajo, merecen ser destacados los Art. 12 a 18. Así, el artículo 12 limitaba a los Farmacéuticos aprobados la venta de medicamentos simples y compuestos, y que los especieros y drogueros pudieran vender únicamente los simples, y de ningún modo los compuestos; para evitar los gravísimos perjuicios que su contravención pudiera acarrear a la salud pública. Asimismo, en dicho artículo se atribuía a la Junta Superior Gubernativa de Farmacia la función de supervisión sobre los drogueros y especieros, para que no despachasen ni vendiesen al público medicinas compuestas, en pequeñas ni en grandes cantidades; pues sólo podrían vender a los Farmacéuticos sus corresponsales, con la calidad que debía ser reconocida previamente por la persona o personas designadas por la misma Junta, debiendo ir marcados con un sello los cajones, fardos o paquetes en que las enviaran, para calificar su identidad, y prevenir los daños que, de otro modo, podían resultar a la salud pública.

No obstante, el art. 13 permitía a los drogueros o especieros vender al por mayor los medicamentos simples sin artificio ni preparación alguna, como su pulverización, y de ningún modo, menos de un cuarterón⁶¹. Así, si la Junta notaba que la condición o calidad, contravenía la disposición, les imponían multas pecuniarias, con la consecuencia de que en caso de no pagar, la exacción se llevaría a cabo por el Juez competente, con el correspondiente pago de costas.

El art. 14 establecía que cuando la Junta tuviera noticia de la venta de medicamentos, en contra de lo establecido, que podía resultar o hubiera resultado perjudicial para la salud o la vida de alguna persona, diera cuenta de oficio a la justicia, para que formaran causa al trasgresor o transgresores, y les juzgaran y sentenciaran conforme a Derecho, sin perjuicio de la correspondiente exacción de la multa⁶².

las órdenes de la Junta; el art. 10. del respeto a los individuos de la Junta; el art. 11. de la necesidad de que la Junta aprobara la impresión de obra alguna de Farmacia. Vid. *Novísima recopilación de las leyes de España*, facsímil, Madrid, 1.975.

⁶⁰ Recogido en la introducción al articulado de las Ordenanzas de 1.800.

⁶¹ Medida de peso igual a la cuarta parte de la libra (en Castilla 115 gramos).

⁶² De esto se deduce que la Junta superior Gubernativa de Farmacia era un órgano administrativo, y que las multas que podía imponer al transgresor de la normativa reguladora, eran también administrativas. De ahí, que los órganos de Justicia fueran competentes para conocer de los delitos contra la salud pública cuando resultare perjuicio para la salud o vida de las personas; imponiendo, asimismo, las penas que correspondieran, las cuales hasta la entrada en vigor del Código penal de 1.822, se encontraban en las Partidas; en concreto, la Ley VI del Título VIII, Partida VII: (...) *Otrosí dezimos de los boticarios*

El art. 15 trataba de impedir el intrusismo profesional en la Farmacia, con el fin de evitar graves daños a la salud pública, mediante la prohibición, bajo las mismas penas anteriores, de que ninguna persona pudiera elaborar o vender medicina alguna, simple ni compuesta, sin disponer del correspondiente título de Farmacéutico. Asimismo impedía, bajo multa, que los Farmacéuticos despachasen medicinas sin la correspondiente receta del Médico o Cirujano aprobado.

El art. 16 facultaba a la Junta para vigilar que ninguna persona vendiese hierbas secas ni frescas, sin poseer la correspondiente licencia, mediante la realización de inspecciones en los lugares de venta, multando a los que así lo hicieran. Dichas licencias eran otorgadas por la propia Junta, mientras que la policía⁶³ decidía los puestos donde podían venderse las hierbas frescas. Por otra parte, se prohibía, bajo multa, la venta de hierbas no recogidas en el catálogo elaborado por la propia Junta.

El art. 17 prohibía que se sacaran los géneros medicinales de las Aduanas, sin ser inspeccionados antes por profesores Farmacéuticos, nombrados por la Junta, para evitar posibles daños al público, por su mala calidad, y para evitar la defraudación de los Reales derechos. La Junta facultaba a dicho personal para reconocer todos los géneros simples y compuestos, y determinar su calidad; dándoles pase en caso positivo o reteniéndolos en la aduana en caso negativo. Asimismo determinaba, para este personal, que en caso de conducta fraudulenta, perdiera perpetuamente el ejercicio de su Facultad.

El art. 18 determinaba que todas las órdenes, expedientes y papeles que existieran en el Protomedicato y que correspondieran a la Facultad de la Junta superior Gubernativa de Farmacia pasasen a los archivos de ésta, con lo que así se le concedió administrativamente a la Junta, las funciones que antes realizaba el Protomedicato.

2.3. ORDENANZAS DE FARMACIA DE 1.860

Las antiguas Ordenanzas, contenidas en la Novísima Recopilación, en vigor desde 1.805, habían quedado obsoletas por los grandes avances de la Ciencia, y por la necesidad de perfeccionar la materia. Con el fin de dar una mejor definición de los

que dan a los omes a comer o a beber escamonea o otra melezina fuerte sin mandado de los físicos, si alguno beuiéndola se muriese por ello, deue auer el que la diese pena de omicida. Asimismo, la Ley VII: Físico o Especiero o otro ome cualquier, que vendiere a sabiendas yerbas ó ponzoñas a algun ome que las compre con intención de matar a otro con ella, é gelas mostrare a conocer o a destemplan o a dar porque mate a otro con ella, también el comprador como el vendedor o el que las mostró como el que las diese, deuen auer pena de omicida por ende, magëur el que las compró non pueda cumplir lo queeuydaua, por que se le non guisó. E si por auentura matare con ellas, entonce el matador deue morir deshonorradamente echándolo á los leones, o a canes, o a otras vestias brauas que lo maten. Finalizando el texto de las Ordenanzas en el sentido de que *en ningún caso habría de estar obligada la Junta a entrar en juicio, ni a sostener acción alguna, ni sufrir contestaciones; y únicamente las dará a los oficios que la pasaren las mismas Justicias, Juzgados o Tribunales, ya sea sobre el asunto principal en cuanto se conduzca a ilustrarle con antecedentes que tengan el proceso, o ya por la pericia de la Facultad.*

⁶³ Si bien en las Ordenanzas de 1.800 sólo se refiere a policía, en el art. 78 de las Ordenanzas de Farmacia de 1.860, se deroga expresamente la policía farmacéutica, por lo que entendemos que éste era su nombre completo.

términos empleados, de catalogar los géneros medicinales, y de perfeccionar el modo de designación y las funciones de los profesionales, se decretaron las «Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de Farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales», de 18 de abril de 1.860⁶⁴.

Como señalaba MARTÍNEZ ALCUBILLA⁶⁵ en sus comentarios a las Ordenanzas de 1.860, éstas no tenían carácter de ley penal especial –al igual que las dadas por el rey Carlos IV en 1.800– y la infracción de sus disposiciones sólo podía ser corregida gubernativamente, cuando no implicara la comisión de un delito.

Respecto a los artículos que se recogían en el mismo, citaremos los que más nos interesan, a efectos de nuestro estudio:

El art. 1 definía tres géneros medicinales: *1º medicamentos, que son las sustancias simples o compuestas, preparadas ya y dispuestas para su uso medicinal inmediato; 2º las drogas, objetos naturales y productos químicos empleados como primeras materias en la preparación de los medicamentos; y, 3º plantas medicinales indígenas*. Los arts. 34 y 61 recogían la elaboración de tres catálogos de los géneros medicinales, que figuraban como anexos a estas Ordenanzas, y que se revisaban periódicamente.

El art. 2 determinaba quién podía elaborar y vender los productos o sustancias. Los farmacéuticos aprobados y con título legal para el ejercicio de su profesión: elaboración y venta de medicamentos; el comercio general de droguería, que era libre: venta de objetos naturales, drogas y productos químicos; herbolarios y hierberos: venta de plantas medicinales e indígenas.

Los artículos 19, 20, 21 regulaban el modo en que los farmacéuticos debían despachar los medicamentos.

Art. 19. Los farmacéuticos sólo podían despachar, sin receta de facultativo

⁶⁴ Las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1.860 se dividen en ocho capítulos, con un total de 78 artículos y tres catálogos. El capítulo I versa sobre la «clasificación de los géneros medicinales y personas a quienes compete su venta»; el cap. II «del ejercicio de la Farmacia»; el cap. III «del Petitorio, Farmacopea y Tarifa oficiales»; el cap. IV «de la inspección de las boticas»; el cap. V «del comercio de droguería»; el cap. VI «de la inspección de los géneros medicinales en las Aduanas»; el cap. VII «de la venta de plantas medicinales»; el cap. VIII «de las penas contra los infractores de estas Ordenanzas». Asimismo, incorporaban tres catálogos en que se clasificaban los géneros medicinales según que pudieran ser vendidos o no libremente. El catálogo número 1.º contenía los objetos naturales, drogas y productos químicos referidos en el art. 55 y que, por ser exclusivamente medicinales, sólo podían venderse por los drogueros al por mayor y sin preparación alguna. El catálogo número 2.º integraba las sustancias venenosas para cuya venta al público debían los drogueros arreglarse a lo prevenido en el art. 57 y el catálogo número 3.º incluía las plantas medicinales no venenosas, cuya venta era libre con arreglo al art. 68. Vid. voz «farmacia» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España Peninsular y Ultramarina*, tomo V, 5ª ed., Madrid, 1.892, pp. 462–469. El lector debe tener en cuenta que lo considerado como sustancia venenosa en las Ordenanzas de Farmacia de 1.860, podría ser identificado con lo que hoy entendemos por droga, incluyendo entre otros al beleño, belladonna, cloroformo, coca de Levante, cicutina, cornezuelo de centeno, mandrágora, morfina y sus sales, opio.

⁶⁵ Vid. voz «farmacia» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *últ. ob. cit.*, p. 466; en idéntico sentido, vid. ÁLVAREZ CID, J. y ÁLVAREZ CID, T.: *El código penal de 1.870*, tomo II, Córdoba, 1.908, p. 84.

legalmente autorizado, aquellos medicamentos de uso común en la medicina doméstica, y los que solían prescribir verbalmente los mismos facultativos médicos, cirujanos, ó veterinarios. El resto de productos se debían expender bajo receta médica; el problema es, como se ve, que falta concreción a la limitación.

Art. 20. Aun con receta, los farmacéuticos no despacharían medicamento alguno heroico en dosis extraordinaria –esto es, sustancias que por su toxicidad, podían ser letales a grandes dosis–, sin consultar antes con el facultativo que suscribiese la receta y exigir la ratificación de ésta.

Las recetas ratificadas debían quedarse en poder del farmacéutico, y de las demás debía llevar un libro ó registro diario que debía exhibir siempre que le fuera requerido por la autoridad competente.

Art. 21. Se prohibía a los farmacéuticos, únicos autorizados para la venta de remedios y medicamentos, insertar anuncios de éstos en periódico alguno que no fuera especial de medicina, cirugía, farmacia ó veterinaria.

Los artículos 54, 55, 56, 57 y 59 regulaban el comercio de droguería:

Art. 54. Permitía a los drogueros vender al por mayor ó al por menor, y en rama ó polvo, todos los objetos naturales, drogas y productos químicos que tuvieran uso en las artes –esto es lo que en la actualidad se entendería por usos industriales–, aunque lo tuvieran también en medicina. Sin embargo, las sustancias de uso, a la vez, industrial y medicinal, no podía venderse al por menor ni en polvo cuando el droguero tuviera la constancia o sospechara que iban a destinarse al uso terapéutico.

Art. 55. Los drogueros podían vender los objetos naturales, drogas y productos químicos exclusivamente medicinales, pero siempre al por mayor, y sin ninguna preparación, ni aun la de la pulverización. Sólo podían venderlos al por menor a farmacéuticos, cuando se los pidieran por escrito y bajo firma, debiendo, aún en este caso, expenderlos sin ninguna preparación.

Art. 56. Para los efectos de estas ordenanzas, se entendía por venta al por mayor la de una cantidad ó peso de cada sustancia cuyo valor no fuese inferior a 20 reales de vellón⁶⁶.

Art. 57. Los drogueros tenían prohibida la venta de sustancias venenosas de cualquier tipo, fueran ó no medicinales, ni al por menor, ni al por mayor, ni al público, ni a los farmacéuticos, si no era mediante una nota fechada y firmada por persona conocida y responsable, que expresase con todas sus letras la cantidad de la sustancia pedida y el uso a que se destinaba.

Art. 59. Para los efectos de los arts. 55 y 57 declaraba los artículos exclusivamente medicinales en el catálogo anexo número 1 y sustancias venenosas las del catálogo número 2. Estos catálogos eran de gran importancia, porque en ellos se

⁶⁶ Moneda de curso legal de la época.

recogían todas las sustancias consideradas y determinaban quienes y cómo podían venderlas, por lo que simplificaban la labor, tanto a los legisladores, como a los que juzgaban que no eran conocedores de la materia médica.

Dentro del capítulo VIII, donde se recogía «de las penas contra los infractores de estas Ordenanzas», nos interesa destacar el Art. 73, que especificaba: *las Academias por medio de sus Comisiones permanentes de sanidad y policía médica, y los subdelegados de Farmacia por sí, promoverán de oficio, y por la vía judicial, el castigo de las infracciones que constituyan delito ó falta previstos en las leyes sanitarias ó en el Código penal*⁶⁷, *teniendo presente lo que éste dispone en sus Art. 7º, 253, 254, 255, 256, núms. 4º y 9º del 485 y núms. 6º, 7º y 8º del 486.*

Este artículo suponía que las infracciones cometidas contra la reglamentación regida por estas Ordenanzas eran tratadas gubernativamente, cuando no hubiera actuación ilícita por parte del infractor, y en el caso de que la infracción constituyera delito o falta –prevista en las leyes sanitarias o en el código penal–, las autoridades sanitarias debían promover de oficio, por la vía judicial el castigo de las mismas.

3. LOS CÓDIGOS PENALES DECIMONÓNICOS: EL ORIGEN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

3.1. EL ORIGEN DE LA CODIFICACIÓN⁶⁸

Antes de entrar a analizar los códigos del siglo XIX, debemos preguntarnos porqué surgen los Códigos Penales; esto es, de dónde parte la nueva técnica de aglutinar en un sólo texto estable y duradero las leyes y las costumbres imperantes. Aunque este sistema había aparecido tímidamente en Dinamarca o Prusia a finales del siglo XVII y principios del XVIII, fue hacia finales de éste cuando se desarrolló en Europa un sentimiento en contra de la persistencia del sistema penal antiguo, basado en gran medida en el arbitrio judicial y donde las contradicciones presentadas en los diversos cuerpos legales eran lo común. A finales del siglo XVIII y principios del XIX surgió el movimiento codificador, que pretendía reunir la legislación dispersa en un único tronco⁶⁹. No obstante, la moderna técnica de la codificación, tal y como la conocemos en la actualidad, tiene su origen en el Código de Napoleón.

Como afirmaba PACHECO⁷⁰, en 1.800 «el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendían aún nuestros códigos criminales salvo en lo que especial y detalladamente estuviese modificado o reformado por especiales disposiciones». DOMÍNGUEZ ORTIZ, consideraba que existía una resistencia al cambio, pues los

⁶⁷ Como se verá cuando se analice el Código Penal de 1.848, la distinción entre Código penal y leyes sanitarias se debe a que el primero de ellos trataría los delitos contra la salud pública, mientras que el segundo, los cometidos en tiempos de epidemia.

⁶⁸ Vid LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. Codificación penal*. Tomo 5, vol. I y II, Madrid, s/f (1.986).

⁶⁹ Vid. LANDROVE DÍAZ, G.: *Introducción al Derecho Penal español*, Madrid, 1.985, p. 57.

⁷⁰ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 3ª ed., Madrid, 1.867, pp. XLIV y XLV.

sentimientos de la época llevaban a aferrarse «a los principios tradicionales convencidos de que toda novedad, por el mero hecho de serlo, era falsa y peligrosa». No obstante, frente a esta concepción, la corriente ilustrada, que estaba floreciendo en España, exaltaba todo lo innovador⁷¹.

En el caso español, el precedente inmediato de un verdadero Código criminal⁷², como medio encaminado a la compilación de todas las leyes penales, se encontró, durante el reinado de Carlos III, en la Orden del Ministro don Manuel de Roda remitida al Consejo de Castilla en 1.776, en la que solicitaba información sobre ciertos temas penales, «todo ello encaminado a la formación de un Código criminal en que se compilen todas las leyes penales». Éste, a su vez, encargó a don Manuel de Lardizábal y Uribe el extracto de las leyes penales vigentes; quien lo entregó en 1.782. El resultado de este trabajo, según expone ANTÓN ONECA, fue una colección de «borradores, apuntamientos, piezas incompletas, trozos incoherentes y no bien acabados»⁷³, que no prosperó, pero que sirvió a Lardizábal para escribir el «*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*». Éste introdujo las ideas reformistas que Beccaria⁷⁴ contempló en su Tratado «De los delitos y las penas» editado en 1.764, en el que renovaba el Derecho Penal a la visión ilustrada del momento y combatía las inhumanas prácticas represoras aplicadas, donde proliferaba la falta de garantías procesales y se imponían castigos y torturas⁷⁵.

La Constitución de Cádiz de 1.812, volvió a dar importancia a la codificación, y así, su art. 258 invocaba que: «*El código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos en toda la monarquía*». Este pensamiento es de extrema importancia, pues hasta el inicio del siglo XIX, en España subsistían, en su vigencia, la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas y es a partir de esta Constitución cuando se determina que el mismo Código sea de aplicación en todo el territorio nacional.

GARCÍA GOYENA exponía los inconvenientes de la codificación, pues consideraba que la idea de reducir las leyes a códigos podría tener ventajas en ciertas

⁷¹ Cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Barcelona, 1.976, pp. 110 y 477.

⁷² Vid. CASABÓ RUIZ, J. R.: «Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan del Código criminal de 1.787», en ADPCP, tomo XXII, fasc. II, mayo-agosto, 1.969, pp. 312-342.

⁷³ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal de 1.822» en ADPCP, tomo XVIII, fasc. III, 1.965, pp. 264 y 265.

⁷⁴ Vid. SARRAILH, J.: *La España Ilustrada de la segunda mitad del Siglo XVIII*, 2ª reimp., Madrid, 1.979, pp. 537-543. Beccaria proclamaba la injusticia de las penas excesivas con relación a los delitos cometidos y rechazaba, al mismo tiempo la pena de muerte; asimismo, cfr. ANTÓN ONECA, J. «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 265. Lo que pretendía conseguir Lardizábal, a diferencia de Beccaria, era injertar las ideas modernas en el tronco de la tradición nacional y con ello suavizar las penas, o por lo menos hacerlas más «humanas». En opinión de Nodar Montes: «la época de las luces tuvo su repercusión en España a través de Lardizábal, llamado “el Beccaria español”», quien abundando en el aspecto del delito, destacaba un elemento interno o de culpabilidad y otro externo o de daño, a la manera tradicional, aunque con poca innovación. Cfr. NODAR MONTES, M. L. M.: «Evolución histórica, posiciones doctrinales y concepto legal de delito con anterioridad y en el Código Penal de 1.995» en Revista General de Derecho, año LIII, núm. 633-junio 1.997, p. 6.908.

⁷⁵ Vid. LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas. Contraído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid, 1.782 Facsímil por la REP nº 174, julio-sept. 1.966, pp. 627-746.

materias esencialmente invariables –entendemos que es el caso del Derecho Civil, a través del Código Civil–, pero en lo que afecta a la legislación penal, sólo aportaría desventajas, ya que ésta es la parte esencialmente variable y progresiva de la legislación general, que debe adecuarse a la realidad cambiante del momento, para no resultar insuficiente. Consideraba que una ley suelta tiene la ventaja de poder ser corregida fácilmente, mientras que un Código, presenta un conjunto de materias, cuya modificación global es más compleja⁷⁶.

Como se apreciará más adelante, los códigos han ido evolucionando, sufriendo modificaciones legislativas, motivadas por las circunstancias del momento⁷⁷ –que nosotros tendremos en cuenta al analizarlos–; han seguido a la realidad cambiante; con lo que esta moderna técnica ha terminado por imponerse y se ha generalizado.

3.2. LOS CÓDIGOS PENALES DECIMONÓNICOS

A partir de la segunda década del siglo XIX, se promulgan los primeros Códigos penales. El primero data de 1.822, aunque se produjeron diversos intentos anteriores, que referiremos en las próximas páginas.

En los Códigos Penales promulgados en el siglo XIX, no se encuentra definición legal alguna sobre el delito de tráfico de drogas, si por tal entendemos⁷⁸ la ejecución de actos de cultivo, elaboración o tráfico, o cualquier otro modo, que promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o que se posean con aquellos fines. En realidad, sí se tipificaban otros delitos, cuyo bien jurídico protegido era la salud pública, al igual que acontece en la actualidad, pero no trataremos dichos delitos, al no ser objeto de nuestro estudio.

Sin embargo, para el objeto de nuestro trabajo, analizaremos los preceptos regulados en los Códigos Penales decimonónicos, bajo la rúbrica «salud pública», para indagar sobre sus contenidos, con el fin de descubrir si los mismos pudieran ser precursores de la definición legal actual, recogida en el Código Penal de 1.995.

3.2.1. CÓDIGO PENAL DE 1.822

3.2.1.a. VISIÓN HISTÓRICA Y COMENTARIOS

⁷⁶ Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal. Comentado y Comparado*, tomo I, Madrid, 1.843, pp. 7 y 8. El autor, afirma: «las leyes sucesivas se prestan mejor a la reforma progresiva que está en la naturaleza de las cosas, mientras que la masa imponente de un código sistemático se levanta como una barrera para impedir todo progreso».

⁷⁷ Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *últ. ob. cit.*, pp. 9 y 13. Como expresa el autor: «un código penal es el retrato fiel de la sociedad, tal cual se halla al tiempo de dársele; y tal vez pasado este tiempo, nosotros mismos nos avergonzaremos de nuestro propio retrato, porque encontraríamos en él los rasgos de nuestras miserias actuales, de nuestros odios y de nuestras pasiones políticas: no puede haber imparcialidad en las leyes cuando no la hay en los hombres, y hombres han de ser los legisladores».

⁷⁸ Según la definición de tráfico de drogas tipificada en el Art. 368 CP 1.995.

Durante los años 1.813 y 1.814⁷⁹ se crearon Comisiones para la redacción de un Código criminal, cumpliendo con el contenido constitucional. En palabras de PACHECO: «hicieron, pues, lo que debían los gobiernos españoles, que desde 1.808 acá se han sucedido, en dedicar a la legislación criminal sus atenciones y su desvelo: hicieron lo que debían en promover la formación de un Código penal, como nuestras necesidades públicas lo reclaman. Si hay algún mal en ello, sólo consiste en que antes no se hubiese realizado»⁸⁰. Pero estas Comisiones no llegarían a finalizar sus trabajos, por el retorno de Fernando VII, y el restablecimiento del poder absolutista de la Monarquía.

Durante el trienio liberal de 1.820 a 1.823, resultó, nuevamente, el intento de elaboración de un Código criminal⁸¹, cuyo Proyecto sería presentado en las Cortes el día 22 de abril de 1.822, decretado por ellas el 8 de junio y sancionado por el rey y mandado promulgar el 9 de julio de 1.822, entrando en vigor el 1 de enero de 1.823⁸².

El Código estaba inspirado en la combinación entre las leyes penales españolas y el espíritu del siglo XIX, que estaba influenciado por las obras de Bentham, Filangieri⁸³ y, en palabras de ANTÓN ONECA: «de los demás que tuvieran a mano»⁸⁴. PACHECO opinaba que el de 1.822 era un código científico, inspirado en sus disposiciones por la ciencia del derecho y la buena filosofía, que mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Aunque consideraba que, a veces, era demasiado duro y poco claro, por razones de estética literaria. Afirmaba que en él había algo de Fuero Juzgo y de las

⁷⁹ Vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada*, tomo I: *el Derecho criminal de los Estados europeos* (traducido de la edición francesa por POSADA, A.), Madrid, 1.896, p. 53. Considera que, de haber ocupado José Bonaparte el trono de España por más tiempo, seguramente habría realizado su plan, que consistía en la implantación del Código francés; asimismo, vid. ANTÓN ONECA, J. «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 266; comentaba que las Cortes de Cádiz nombraron en 1.811 una Comisión encargada de reformar la legislación criminal, merced al art. 258 de la Constitución que se estaba redactando, que declaraba que se debía elaborar un Código criminal para toda la Monarquía. Éste no se elaboró por las circunstancias de la guerra y porque todos los esfuerzos de las Cortes de Cádiz se destinaron a la elaboración del texto constitucional.

⁸⁰ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *Código Penal...*, ob. cit., pp. LII y LIII.

⁸¹ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: últ. ob. cit., p. LIII. En palabras del autor: «La comisión encargada de proponerlo trabajó tan asiduamente, y el congreso se aplicó a discutirlo con tanto empeño, como ya en tiempos no vemos trabajar ni a congresos ni a comisiones. En pocos meses, la una y la otra vieron terminada su obra. Sancionada por el rey publicóse y comenzó a regir como ley del estado».

⁸² Vid. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 274. Aunque parezca que la *vacatio legis* sea desproporcionada, al Tribunal Supremo le pareció insuficiente, pues consultó al Gobierno las dificultades encontradas para poner en práctica el Código sancionado y publicado, quien a su vez, lo pasó a las Cortes, proponiendo la Comisión codificadora del Cuerpo de procedimiento la suspensión de la vigencia del Código, hasta la publicación de la ley procesal. En ese lapso de tiempo, el Gobierno debía tener preparados los establecimientos de castigo y corrección, para la clasificación y aplicación de las penas.

⁸³ Vid. voz «Bentham», en *Gran Enciclopedia Larousse*, tomo 3, Barcelona, 1.993, p. 1.309. Bentham fue el fundador del utilitarismo en el siglo XVIII, que propugnaba que la función de la ley consistía en la eliminación de obstáculos al aumento del bienestar del mayor número de ciudadanos. Muchas reformas de las leyes penales y procesales de diversos países se realizaron gracias a sus consejos; asimismo, vid. voz «Filangieri», en *Gran Enciclopedia Larousse*, tomo 9, Barcelona, 1.993, p. 4.358. Filangieri pretendía en su teoría que todos los problemas económicos pudieran ser resueltos por la legislación. Su obra presidió en España todas las teorías reformistas en materia penal.

⁸⁴ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 270.

Partidas, envuelto con el carácter del Código de Napoleón⁸⁵. Aunque GARCÍA GOYENA consideraba que carecía de la claridad y precisión del francés, por ser circunstanciado y dejar poco al arbitrio del juez⁸⁶.

La opinión de MARTÍNEZ ALCUBILLA sobre el Código es que era uno de los mejores de la época⁸⁷; igualmente SANTAMARÍA alababa su método y su contenido⁸⁸; VON LISZT, en cambio, consideraba que debía ser censurado por su apresurada redacción⁸⁹. DEL ROSAL estimaba que quizá su debilidad técnica se debía a las diferentes influencias que tenía y a su apresurada redacción⁹⁰.

En abril de 1.823 pasaron la frontera los cien mil hijos de San Luis en ayuda del Rey. Conforme iban avanzando las tropas, se iba restableciendo el Gobierno absoluto de Fernando VII. Por esa circunstancia, la vigencia del Código penal fue de tan sólo unos meses⁹¹ y su aplicación es considerada por ANTÓN ONECA como: «breve, imperfecta

⁸⁵ Respecto a las opiniones suscitadas sobre el Código de 1.822, vid. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *Código Penal...*, ob. cit., p. LIII; de igual forma, vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 53, quien considera que el Código penal de Napoleón sirvió de base para redactar el Código de 1.822; en cambio, cfr. SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios del Derecho Penal con aplicación al Código español*, 2ª ed., Madrid, 1.872, p. 75, para quien el Código de 1.822: «no sólo la diferencia que le separa del de Napoleón, sino también la reconocida ventaja que en muchos puntos le lleva»; por su parte, cfr. GONZÁLEZ MIRANDA y PIZARRO, J.: *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código penal vigente*, Madrid, 1.907, p.11, quien estima que, al tratarse de un Código científico, «al admitir las Teorías más avanzadas de la época en que se confeccionó, no descuidaron sus autores el elemento tradicional, sino que ambos se armonizan y completan».

⁸⁶ Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal...*, ob. cit., p. 12. De hecho, el autor llega a decir de él que «es en algunos capítulos pesado, confuso y hasta ininteligible».

⁸⁷ Cfr. voz «Código penal» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España Peninsular y Ultramarina*, tomo II, 5ª ed., Madrid, 1.892, p. 901. El autor expresa: «Si bien tenía grandes defectos, era uno de los mejores de aquel tiempo, pudiendo sostener la comparación con todos los que entonces existían, y en algunas cosas ser considerado superior».

⁸⁸ Cfr. SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios del Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 74 y 75. Manifiesta el penalista lo siguiente: «Si atendemos a su forma, no puede menos de extrañarnos su buen método en la exposición y su preciso y sencillo lenguaje (...) si nos fijamos en su contenido, no puede menos también de admirarnos su conformidad en la mayor parte de sus disposiciones con los principios filosóficos que sirven de base al Derecho penal. Verdad es que hay en él defectos, como existen en toda obra humana; pero más bien éstos se refieren a la parte de detalle, realmente disculpables por la rapidez con que fue formado».

⁸⁹ Cfr. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 56, cuando éste manifiesta: «Debe ser censurado por su estilo extremadamente administrativo, advirtiéndose, por otra parte, de un modo claro, que fue redactado apresuradamente; por lo que, si hubiera regido durante más tiempo, de seguro se hubiera evidenciado que no podía utilizarse a pesar de la gran moderación de una parte de sus leyes».

⁹⁰ Vid. DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, vol I (parte general), Madrid, 1.969, p. 196.

⁹¹ Sobre la fecha exacta de la anulación del Código penal de 1.822, cfr. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 275, sostiene que: «no hemos encontrado acuerdo alguno sobre la suspensión de la vigencia del Código penal»; en cambio, cfr. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 54, sí da la fecha, afirmando que: «sólo estuvo en vigor un año y tres meses, porque la reacción de Fernando VII, derogó las disposiciones legales emanadas de las Cortes, desde el 7 de marzo de 1.820 hasta el 1.º de octubre de 1.823»; por su parte, cfr. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, vol. I (Parte general), tomo I, 18ª ed., (Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), Barcelona, 1.980, p.152, corrobora lo dicho por el último, expresando: «La reacción política de 1.823, que determinó la caída del régimen constitucional, derogó todas las disposiciones emanadas de las Cortes desde marzo de 1.820 hasta 1.º de octubre de 1.823 y por consiguiente, también este Código». En

y desigual», puesto que los Tribunales estaban acostumbrados al arbitrio judicial del antiguo régimen y existía entre ellos resistencia a aprender y aplicar una ley complicada y distinta a lo que estaban acostumbrados. Al ser derogado; se volvió a la regulación anterior, es decir, la recogida en la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas, aunque interpretadas por el arbitrio judicial. Así quedaron vigentes hasta el Código del 48 las mismas fuentes del antiguo régimen⁹².

3.2.1.b. ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE LA REGULACIÓN PENAL DEL TRÁFICO DE DROGAS

El Código penal de 1.822 contenía 815 artículos y estaba formado por un título preliminar y dos partes. El título preliminar se dividía en trece capítulos, que trataban, en el capítulo primero de los delitos y culpas; el segundo, de los delincuentes y culpables y de los que responden de las acciones de otros; el tercero, de las penas, sus efectos y modo de ejecutarlas; el cuarto, del modo de graduar los delitos según las circunstancias atenuantes y agravantes; el quinto, de las reincidencias; el sexto de la obligación de denunciar los delitos y entregar a los delincuentes; el séptimo, del derecho de acusar; el octavo, de los reos ausentes y contumaces; el noveno, de las rebajas de pena a los que se arrepienten ó enmienden; el décimo, del indulto; el undécimo, de la prescripción de los delitos y culpas; el duodécimo, de la indemnización a los inocentes por los perjuicios; y el tredecimo, de las causas criminales a que se vieren sometidos y de los delitos especiales. Respecto a las dos partes, la primera de ellas se ocupaba de los delitos contra la sociedad, y la segunda de los delitos contra los particulares⁹³.

El Código penal de 1.822 no trataba el delito de tráfico de drogas, en el sentido que se le atribuye al mismo en la actualidad y objeto de nuestro análisis. Aunque sí contemplaba los delitos contra la salud pública, que quedaban recogidos en la Primera Parte, Título IV «de los delitos contra la salud pública», que se dividía en tres capítulos, a saber: el capítulo I «De los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia ó flebotomía», el Capítulo II «de los boticarios que venden o despachan venenos, drogas ó medicamentos perjudiciales a la salud sin receta de facultativo aprobado, o equivocando lo que este haya dispuesto» y el Capítulo III «de los que venden géneros medicinales sin ser boticarios».

A este título GARCÍA GOYENA otorga gran importancia, en cuanto a la formación que se debe exigir al personal sanitario y farmacéutico, y a la venta de sustancias que pueden ser perjudiciales para la salud. En este sentido, expresa en sus comentarios al Código: «la salud pública es cosa demasiado grave para que el legislador no exija ciertas garantías en los profesores que se consagran señalada y exclusivamente

cualquier caso, no estamos de acuerdo con la vigencia del Código estimada por Von Liszt, de un año y tres meses, puesto que, como hemos visto anteriormente, existió una *vacatio legis*, que ocasionó que el Código entrara en vigor el 1 de enero de 1.823. Si, como afirma el mencionado autor, el Código fue anulado por Fernando VII el 1 de octubre de 1.823, eso nos da una vigencia de nueve meses.

⁹² Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 275.

⁹³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE BORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles 1.822-1.848-1.850-1.870-1.928-1.932-1.944, Recopilación y Concordancias*, Madrid, 1.988, pp. 15-185.

a su cuidado, así como en la venta de sustancias que puedan serle dañosas»⁹⁴.

Mientras las Ordenanzas de Farmacia de 1.800 recogían la normativa administrativa sobre «el régimen y dirección de la Farmacia» que regía el modo de actuación de farmacéuticos, boticarios, practicantes de botica, drogueros y especieros, el Código Penal de 1.822 regulaba, exclusivamente, las conductas delictivas del personal que ejerciese la medicina y la farmacia sin aprobación legal, de los curanderos, de los boticarios y practicantes de botica y de los drogueros. En las Ordenanzas de Farmacia de 1.800 se especificaba que cuando la Junta de Farmacia tuviese conocimiento de una contravención a sus reglamentos diera cuenta de oficio a las Justicias competentes, para que se juzgara conforme a Derecho. De la misma manera que cuando un sancionado no hiciera frente al pago de una multa, acudiese a la Justicia, para que mandase la ejecución del pago.

Podríamos pensar inicialmente, que los artículos que nos interesan para nuestra investigación son los números 366 y 371, por ser los únicos preceptos que utilizaban expresamente el vocablo droga. No obstante, si se analizan los artículos del Título IV, observamos que el art. 371⁹⁵ no es aplicable, porque en la actualidad sería considerado delito contra la salud pública, pero no delito de tráfico de drogas. Sí son aplicables, además del art. 366, otros tantos más, porque se aprecia que los artículos especifican el sujeto activo –esto es, curanderos, farmacéuticos, boticarios u otros– para un mismo supuesto de hecho –suministro de remedios, despacho de drogas y venenos sin receta–, por lo que el número de preceptos se eleva. Esto se modifica o corrige en los Códigos penales posteriores, donde los sujetos activos del delito se tratan en conjunto para un mismo supuesto fáctico, tipificados en un único artículo.

A continuación recogemos los artículos considerados para nuestro estudio, tal y como se editaron en la época:

Art. 363. Cualquiera que sin legal aprobación, conforme á los reglamentos respectivos, ejerce la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia ó flebotomía, pagará una multa de veinte y cinco á doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno á seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideración á los pacientes á quienes asistió ó suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno á seis años, además del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena, que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con arreglo al título quinto de esta primera parte.

Art. 365. En conformidad de la disposición del artículo 363, y con sujeción á las penas establecidas en él, por ningún motivo o bajo pretexto ó denominación alguna se permitirán curanderos ó charlatanes, ya sean en la ocupación de asistir á enfermos, ó ya en la de dar ó vender ó remedios simples ó compuestos de ninguna especie. Cualquiera persona que sin autorización competente venda ó suministre remedios

⁹⁴ Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal...*, ob. cit., p. 242.

⁹⁵ *Art. 371. El boticario que vendiere drogas ó medicamentos simples ó compuestos, adulterados ó sin virtud, ó corrompidos, pagará una multa de cinco á cincuenta duros si no ocasionare daño alguno, y además de la multa sufrirá una reclusión de un mes á un año, si lo ocasionare.*

simples ó compuestos de cualquiera especie, aunque se titulen preservativos ó de otra cualquier manera, será también castigada con arreglo al artículo 363.

Art. 366. Ningún boticario ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva á la salud, ni bebida ni medicamento en cuya confección ó preparación entre parte alguna venenosa, ó que pueda ser nociva, ni menos esta parte sola, sin receta de médico ó cirujano aprobado. El que hiciere lo contrario pagará una multa de veinte y cinco á cien duros, si de la bebida, droga ó medicamento que diere no se hubiere seguido daño alguno. Pero si se hubiere seguido daño, acreditado en debida forma, el boticario ó practicante de botica, además de pagar la multa referida, sufrirá una reclusión de seis meses á cuatro años.

Art. 367. Jamás, bajo las propias penas en uno ú otro caso, podrá dar ningún boticario ó practicante de botica remedio alguno secreto, cuya venta no esté autorizada competentemente.

Art. 373. Ningún droguero, especiero, ni comerciante podrá vender, distribuir ni suministrar de cualquier otra manera géneros medicinales, como no sean simples, enteros y por mayor de cuarterón arriba, so pena de multa de diez á cien duros.

Art. 374. Ninguna persona sin estar examinada y autorizada con arreglo á la ley podrá vender, distribuir ni suministrar vegetales medicinales, secos ni frescos, que puedan ser nocivos á la salud, bajo la misma pena del artículo precedente.

De los preceptos anteriores, podría criticarse que, a pesar de que los términos droga y veneno estaban recogidos en el Código, no se ofrecía una definición de los mismos, con lo que resulta imposible conocer qué sustancias habían de considerarse. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Art. 16 de la Ordenanza de Farmacia de 1.800 contemplaba la elaboración, por parte de la Junta superior Gubernativa de Farmacia, de un catálogo que recogiera todas las sustancias tóxicas, pero que no llegó a elaborarse. En este sentido, ningún comentarista del Código Penal de 1.822 ha hecho referencia a dicho catálogo.

Por otra parte, se ha de advertir que en el Código Penal de 1.822, el legislador penal no intervino en la redacción de los preceptos, sino que como expresa GARCÍA GOYENA: «esto proviene sin duda de que cada una de aquellas leyes fue elaborada por facultativos de las respectivas profesiones, y el legislador no tuvo más parte en ellas que sancionarlas con su nombre y autoridad»⁹⁶. Esto provocó que el Código adoleciera de pretensiones jurídicas, pero que garantizase el cumplimiento de la normativa farmacéutica y sanitaria, dotándola de eficacia mediante la sanción penal.

Las leyes sanitarias no se encontraban incorporadas al Código Penal, lo que es debido a que no podía incluirse una amplia tipología de casos excepcionales, porque ésta no es la finalidad del Código y porque además se perdería practicidad en su utilización. Así, GARCÍA GOYENA, considera que: «en rigor debieran tener aquí cabida las leyes o reglamentos de sanidad, sobre todo para el caso de peste; nada hay de

⁹⁶ Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Código Criminal...*, ob. cit., pp. 245 y 246.

más funesto influjo sobre la salud pública, al paso que el quebrantamiento del cordón sanitario suele castigarse con pena capital; pero es materia muy variable y complicada para sobrecargar con ella un código criminal»⁹⁷.

3.2.2. CÓDIGO PENAL DE 1.848

3.2.2.a. VISIÓN HISTÓRICA Y COMENTARIOS

Con anterioridad al Código Penal de 1.848 hay varios intentos codificadores⁹⁸, que culminaron en la redacción de sendos proyectos de Código Criminal: uno en 1.830 y otro en 1.831 por Sáinz de Andino⁹⁹. Acerca de que este segundo proyecto no saliera adelante, PACHECO afirmaba: «Cuando se acababa de preparar este segundo proyecto de ley penal, murió el rey, Fernando VII, y ocurrieron, las grandes novedades políticas de 1.833. En 1.834 se volvieron a abrir las cortes. El sistema liberal triunfaba y dominaba de nuevo. A esas cortes se presentó el proyecto de que acabamos de hacer conmemoración. Si ellas no llegaron a discutirle, impedidas por otros más urgentes trabajos, la luz pública se apoderó de él, y la opinión de hombres entendidos pudo juzgarle y calificarle»¹⁰⁰.

PACHECO y VON LISZT comentaban acerca de otro proyecto redactado hacia 1.839 ó 1.840¹⁰¹. ANTÓN ONECA creía que éste pudiera ser el que se elaboró al restablecerse en 1.836 la vigencia de la Constitución de 1.812, que en su art. 258 ordenaba que en todo el reino aplicaran los mismos Códigos. Por ello se pensó restablecer el Código de 1.822, pero reformado, lo que se encargó a una Comisión, que parece ser que presentó un nuevo Proyecto¹⁰².

⁹⁷ Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: últ. ob. cit., p. 249.

⁹⁸ En este sentido, cfr. voz «Código penal» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española...*, ob. cit., tomo II, p. 901, quien expresa lo siguiente: «anulado el Código de 1.822, se hicieron distintas tentativas para publicar otros en 1.826 y 1.829. Ninguno de ellos llegó a regir».

⁹⁹ Para el primero de ellos, vid. CASABÓ RUIZ, J. R.: *El proyecto de código criminal de 1.830/estudio preliminar por José Ramón Casabó Ruiz*, Murcia, 1.978. Para el segundo, vid. CASABÓ RUIZ, J. R.: *El proyecto de código criminal de 1.831 de Sáinz de Andino/el estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz*, Murcia, 1.978.

¹⁰⁰ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *Código Penal...*, ob. cit., p. 54; en el mismo sentido, vid. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1.848 y D. Joaquín Francisco Pacheco» en ADPCP, tomo XVIII, fasc. III, 1.965, p. 474; asimismo, cfr. SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios del Derecho Penal...*, ob. cit., p. 77, según el autor, el proyecto de Código que se llevó a las Cortes constaba de dos partes: una penal y otra de actuaciones y consideraba del mismo que: «contenía muchos defectos que no le hacían digno de contarse entre los Códigos modernos».

¹⁰¹ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *Código Penal...*, ob. cit., pp. LIV y LV. Comenta del mismo que: «Otro distinto, preparado después por una nueva comisión, y redactado hacia el año de 1.839 ó 1.840, no ha llegado nunca a publicarse, ni a presentarse a los cuerpos colegisladores. Justo es, sin embargo, decir, para los que tienen de él alguna noticia o idea, que esta obra ha sido muy superior a la precedente, y digna sin la menor duda de la ciencia del derecho y de la época en que se redactaba. Una crítica general podría hacerse de ella, y consiste en su extraordinaria concisión». Igualmente, cfr. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 56, quien refiere que: «se redactó un segundo proyecto por otra Comisión durante los años 1.839 y 1.840; distinguese este proyecto por su concisión, pero no llegó a ser discutido en los Cuerpos Colegisladores».

¹⁰² Vid. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1.848...», ob. cit., p. 474.

En lo que llevaba transcurrido del siglo XIX, tan sólo había estado en vigor un código penal por espacio de unos meses. Así que durante casi medio siglo estuvo en vigor la Novísima Recopilación, con los Fueros y las Partidas de fuentes supletorias¹⁰³.

En esta situación, el Gobierno nombró una Comisión de Códigos el 19 de agosto de 1.843, presidida por don Manuel Cortina, quien encargó a don Manuel Seijas Lozano la elaboración de un proyecto¹⁰⁴, que sancionado por Isabel II el 19 de marzo de 1.848, y que empezó a regir el 1 de julio de 1.848, siendo modificado en algunos puntos por los Reales Decretos de 21 y 22 de septiembre de 1.848¹⁰⁵.

Las fuentes de inspiración en que Seijas se basó se encontraban en la legislación penal de la época, en especial el Código francés de 1.810, el Napolitano de 1.819, el español de 1.822 y el de Brasil de 1.830, aunque finalmente expresó, como recuerda ANTÓN ONECA: «traté de consultar la legislación y la jurisprudencia del país, y presenté a la Comisión los preliminares de un Código puramente español»¹⁰⁶.

En el plano doctrinal filosofía en que se inspiró es, principalmente, el eclecticismo penal de Rossi¹⁰⁷, –según el cual la ley penal encuentra su razón de ser en la necesidad social, pero ésta debe ser limitada por los principios morales, la utilidad y la justicia deben de aunarse–, difundido en España por Pacheco¹⁰⁸. Esto lo corroboró el Ministro de Gracia y Justicia Bravo Murillo¹⁰⁹ y miembro de la Comisión, cuando

¹⁰³ No obstante, vid. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 275, considera que desde la muerte de Fernando VII, hasta la entrada en vigor del Código penal de 1.848, las fuentes del antiguo régimen discrepaban de la realidad de la época, por lo que es posible que los Tribunales utilizaran el Código penal de 1.822 como fuente inspiradora de sus decisiones.

¹⁰⁴ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *Código Penal...*, ob. cit., pp. 55 y 61. Refiere el comentarista, respecto al momento en que se dio, lo siguiente: «Por primera vez, al cabo de mucho tiempo, se unían en un espíritu de paz y de concordia las dos grandes fracciones de nuestro partido liberal»; en el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española...*, ob. cit., tomo II, p. 901.

¹⁰⁵ Cfr. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 56.

¹⁰⁶ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1.848...», ob. cit., p. 482, también vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal*, Madrid, 1.978, p.42.

¹⁰⁷ Vid. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1.848...», ob. cit., pp. 477, 480 y 481. Las filosofías en las que se inspiraban los códigos de la época eran, por una parte, el principio de la utilidad, propugnado por los penalistas de finales del siglo XVIII y principios del XIX Beccaria, Fillangieri, Romagnosi, Bentham, Feuerbach, que orientaban la pena a la prevención general. Por otra parte en Alemania se aplicaba el principio retributivo de Kant y sus seguidores, que consideraba la pena como retribución del delito. Por último, el sistema ecléctico creado por Rossi, con el principio de la retribución moderado por la utilidad. En España se importaron las ideas de Rossi, en defensa de un fundamento moral, que sirvieron de caldo de cultivo a la ciencia penal española en el segundo tercio del siglo, en que se elaboró el Código penal de 1.848; en idéntico sentido, vid. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: «El proceso de formación de nuestra legislación penal» en ADPCP, vol. LIII, 2.000, pp. 336 y 337; por su parte, vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, 1.924, pp. 20–24, donde el autor recoge en su obra, más extensamente, las nuevas teorías de la criminalidad en la época.

¹⁰⁸ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal*, ob. cit., p.42.

¹⁰⁹ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1.848...», ob. cit., p. 489. El comentarista afirma que Bravo Murillo manifestó que: «El pensamiento o sistema que reina en el Código es ecléctico, esto es el que conciliando los demás sistemas exclusivos y dejándose del rigor de la teoría establece para cada caso el medio de presión que estima más adecuado. Se ha mirado no sólo al mal que materialmente produce el delito, sino también, la intención que en perpetrarlo se tenga. Con respecto al delito se ha buscado no sólo que fuese bastante la pena para retraer al hombre de cometerlo, sí que también se ha calculado la pena que debía imponérsele en razón a la justicia».

presentó el Código en las Cortes, aunque su oponente político Silvela no estaba de acuerdo y manifestó la inspiración del principio retributivo en el mismo.

Desde la perspectiva política, el Código de 1.848 fue calificado por ANTÓN ONECA de autoritario-liberal¹¹⁰. Era autoritario en determinados delitos relativos al Estado y la religión y liberal en lo referente al carácter preventivo y retributivo de la pena y en la idea de que debía acabar con la arbitrariedad judicial de épocas anteriores, mediante la aplicación del sistema de garantías legales más moderno del momento y mediante la implantación de la «aritmética penal», como medio de cuantificación de penas¹¹¹.

El Código de 1.848 se desarrolló en un clima de exaltación contra los excesos del arbitrio judicial del antiguo régimen. En este sentido VIZMANOS y ÁLVAREZ comentan la situación en la que se desarrolla: «la arbitrariedad como principio, el juez convertido en legislador, templando, modificando los vicios de nuestras leyes criminales, y esto aplaudido por el pueblo que se estremecía al ver estrictamente aplicada la ley, porque la considera como bárbara, como atroz, sanguinaria, he insultante a la humanidad»¹¹². En el mismo sentido, DEL ROSAL reconocía en el Código su orientación a la seguridad del individuo, mediante la limitación del arbitrio judicial y la descripción más detallada de las figuras de delito¹¹³.

3.2.2.b. ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE LA REGULACIÓN PENAL DEL TRÁFICO DE DROGAS

El Código¹¹⁴ se componía de 494 artículos y cinco disposiciones transitorias, estando dividido en tres libros –estructura que se mantiene en los códigos posteriores–. En el primer libro se desarrollaba la parte general, estaba compuesta por seis títulos –art. 1 a 127–; en el libro segundo se trataban los delitos y sus penas –los títulos I a VIII trataban de los delitos contra los intereses generales (art. 128 a 322), los títulos IX a XV trataban de los delitos contra los particulares (art. 323 a 469)–; y en el libro tercero se trataban las faltas –divididas en graves (art. 470 a 479) y menos graves (art. 480 a 487)–. Por último se recogen varias disposiciones comunes a las faltas, final y transitorias¹¹⁵.

El Código penal de 1.848, al igual que el de 1.822, no trataba el delito de tráfico de drogas, en el sentido actual del término que estamos estudiando. No obstante,

¹¹⁰ Vid ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1.949, pp. 62 y 63.

¹¹¹ Vid. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: «El proceso de formación...», ob. cit., p. 338; asimismo, vid. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1.848...», ob. cit., pp. 475, 481 y 490; de igual modo, Vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 55, donde especifica cómo se realiza el cálculo de la pena mediante el sistema de la aritmética penal en su tratado.

¹¹² Cfr. DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1848, p. XLII.

¹¹³ El Código asimila la técnica legal de la época, buscando la medida, en lugar de innovaciones extremas. Vid. DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 197.

¹¹⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE BORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles...*, ob. cit., pp. 191–318.

¹¹⁵ Vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 56.

también contemplaba los delitos contra la salud pública, que quedaban recogidos en el Título V del Libro II «Delitos contra la salud pública». Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez, que originalmente fueron miembros de la Comisión de redacción del Código penal de 1.848 y, comentaristas de éste, posteriormente, se esforzaron por diferenciar los delitos contra la salud pública –esto es, los cometidos en contravención a los reglamentos y leyes sanitarias–, que constituían infracciones a los reglamentos y leyes sanitarias, de los que se cometían en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia¹¹⁶, quedando éstos excluidos de la jurisdicción del Código Penal, en virtud del art. 7¹¹⁷.

En este título se consideraban delitos contra la salud pública los siguientes actos: la elaboración de sustancias nocivas a la salud, su venta o despacho por personas desautorizadas, el tráfico de estas sustancias sin someterse a lo prevenido en los reglamentos, el despacho por un boticario de medicamentos deteriorados o falsos, la mezcla de cosas nocivas en las bebidas y comestibles. Pero además de tener tal consideración de delito, estas figuras podrían estar incluidas como delitos de fraude, de estafa o de falsedad¹¹⁸.

Estimamos que los artículos aplicables en nuestra investigación son los números 246, 247 y 249, ya que son los únicos en el Código que describen la acción típica, parcialmente comparable con la contenida en el artículo 368 del Código Penal de 1.995. Las expresiones utilizadas en el primero son: elaborar sustancias nocivas a la salud (art. 246) y tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud (arts. 247 y 249). Estos artículos se redactaron de la siguiente manera, que nosotros reproducimos literalmente:

Art. 246. El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas á la salud ó productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, ó los despachare ó vendiere ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 50 á 500 duros.

Art. 247. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas á la salud ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrarle sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de

¹¹⁶ Cfr. DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal...*, ob. cit., p. 206. En sus palabras: «Los delitos que se cometen en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemias no son de aquellos hechos moralmente malos por naturaleza, como el robo, el homicidio, el despacho de sustancias nocivas, la adulteración de bebidas y comestibles para que perjudiquen a la salud, etc.; son hechos inocentes en sí mismos, pero que la ley convierte en delitos por circunstancias pasajeras y variables; son prohibiciones que cambian y modifican en tiempo de epidemia según la marcha y naturaleza del contagio, según que las circunstancias aconsejan estas o las otras medidas de precaución, y como en un código no es fácil prever estas variaciones de cosas y de tiempos, de aquí el que no puedan clasificarse en él estas contravenciones a las leyes de sanidad en tiempo de epidemia».

¹¹⁷ El art. 7 del Código regulaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código, esto es, delitos militares, de imprenta, de contrabando y los que se cometieran en contravención las leyes sanitarias en tiempo de epidemia.

¹¹⁸ Vid. DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal...*, ob. cit., p. 207.

10 a 100 duros.

Art. 249. Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables á los que trafiquen con las sustancias ó productos expresados en ellos, y á los dependientes de los boticarios cuando fueren culpables.

Éstos se limitaban a referirse a leyes y reglamentos especiales en materia de sanidad y a añadir, a las prohibiciones de éstos, las penas de arresto mayor y multa contra los que contraviniesen la normativa sanitaria. De esta manera, al estar defendidas con una sanción penal las prohibiciones de los reglamentos¹¹⁹ y leyes especiales en materia sanitaria, de carácter administrativo, eran más eficaces.

Del art. 246 del Código penal, entendemos que sólo es aplicable a nuestro estudio, el término relativo a la elaboración de sustancias nocivas a la salud, cuyo fin fuera su venta. Consideramos que lo relativo a la causación de estragos no es objeto de nuestro análisis relativo al tráfico de drogas, porque se situaría en el ámbito actual de los delitos contra la salud pública.

Dicho precepto se refiere a personas que no teniendo el título de farmacéutico (como ya se trató en las Ordenanzas de Farmacia) o la licencia de droguero, elaborasen y vendiesen sustancias nocivas a la salud o productos químicos que pudieran causar grandes estragos¹²⁰. Por tanto, se infiere que no se consideraba delito la elaboración por personas no autorizadas, de productos químicos y sustancias nocivas a la salud, sino su venta, pues tal y como refieren DE VIZMANOS y ÁLVAREZ: «la simple elaboración no es delito (...) el mal está en hacer un comercio con estas sustancias»¹²¹.

En el art. 247 se incluye por vez primera el término «tráfico» y sería de aplicación al supuesto en que, aun estándose autorizado para la venta, se vendieran medicamentos bajo prescripción médica, sin receta de facultativo conocido.

Si comparamos el Código de 1.848 con su antecedente de 1.822, destacamos que en el Código penal de 1.848, el término «droga» nociva a la salud, se sustituye por el de «sustancia» nociva a la salud –hecho que se mantendrá en los siguientes códigos decimonónicos–.

3.2.3. CÓDIGO PENAL DE 1.850

3.2.3.a. VISIÓN HISTÓRICA Y COMENTARIOS

¹¹⁹ Para clarificar nuestra exposición, hemos de destacar que las Ordenanzas de Farmacia prohibían a personas no autorizadas, como boticarios y drogueros, la expedición y venta de productos químicos y de sustancias nocivas a la salud y prevenía a la observancia de ciertas formalidades y precauciones al vender este tipo de sustancias.

¹²⁰ Es de señalar aquí, que el término «estragos» tiene la consideración de causar daños y males de consideración a las personas, y no tiene el sentido empleado en nuestro Código penal actual en el artículo 346. Esto lo estudiaremos cuando analicemos los comentarios al Código de 1.850.

¹²¹ Cfr. DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código Penal...*, ob. cit., p. 210.

En 1.848 se dieron en España una serie de sucesos turbulentos, a los que se unió el ambiente revolucionario que en esos momentos se extendía por Europa. El gobierno de Narváez mantuvo una actitud firme, aplicando medidas represivas, que llegaron a materializarse en la «dictadura liberal» que, entre otras cosas, trajo la suspensión de las Cortes del 22 de marzo al 15 de diciembre de 1.848.

En esta situación de inestabilidad política y social, se había aprobado con celeridad el Código penal de 1.848, debido a que urgía tener uno nuevo¹²². No obstante, la ley relativa a la publicación y vigencia del Código, en su artículo 2.º determinaba que el Gobierno propusiera a las Cortes reformas o mejoras que conviniera introducir –por sí o propuesta por los tribunales–, en el plazo de tres años, o antes si lo estimaba conveniente. En virtud de esta autorización, se elaboró el Real Decreto de 30 de junio de 1.850, que ordenaba que el Código penal y la ley provisional dictada para su ejecución quedaran refundidos. De esta manera se promulgó la revisión del Código penal de 1.848, bajo el título de «edición oficial reformada»¹²³, que es como se denomina realmente el Código penal de 1.850. En 1.863 se publicó otra edición oficial del mismo¹²⁴.

El Código penal de 1.850 aumentó su articulado respecto al de 1.848, aunque del mismo, MARTÍNEZ ALCUBILLA refiere: «no es ya ni la sombra del Código de 1.848; es, a nuestro modo de ver, una obra enteramente nueva, aunque fundada sobre las ruinas y con los escombros de la antigua»¹²⁵. En opinión de CUELLO CALÓN, las reformas que se introducían no eran demasiado importantes, salvo en lo concerniente a la punición de toda clase de delitos, la conspiración y la proposición y aumentar la pena en los delitos de desacato, atentado contra la autoridad y en los de desórdenes públicos¹²⁶.

3.2.3.b. ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE LA REGULACIÓN PENAL DEL TRÁFICO DE DROGAS

El Código penal de 1.850 constaba de 506 artículos, y estaba dividido, al igual que el de 1.848, en tres libros. El libro primero se conservó como en la primera edición y definía el delito y determinaba las personas responsables del mismo, describía las penas, sus efectos y la manera de cumplirlas, señalaba la responsabilidad civil y la

¹²² Vid. SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios del Derecho Penal...*, ob. cit., p. 78. El proyecto de Código penal que había recibido el Gobierno en marzo de 1.846, se envió a las Cortes para su aprobación, que después de discutir sus puntos principales, autorizaron éstas al Gobierno para su inmediato planteamiento.

¹²³ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE BORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles...*, ob. cit., p. 323. Muestra la copia de la primera hoja de Código de 1.850, donde aparece esta denominación.

¹²⁴ Vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., pp. 56 y 57.

¹²⁵ Cfr. voz «Código penal» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española...*, ob. cit., tomo II, p. 901.; en similar sentido, cfr. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1870» en ADPCP, tomo XXIII, fasc. II, 1.970, p. 231, quien expresa: «La reforma del 50 fue más extensa de lo que suele creerse. Son más de 90 los artículos afectados».

¹²⁶ Vid. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal...*, ob. cit., 18ª ed., p. 153; de igual manera, vid. SÁINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 1ª ed., Barcelona, 1.981, pp. 230 y 231, quien abunda en las modificaciones incluidas en el nuevo Código.

relación entre el delito y la pena, y fijaba la responsabilidad en que incurrían respectivamente los delincuentes, cómplices y los encubridores. El libro segundo distinguía entre delitos graves, menos graves y fijaba sus penas. Los títulos I a VIII se mantuvieron, mientras que se modificaban los títulos IX a XV (art. 323 a 480). El libro tercero hablaba de las faltas y sus penas, siendo modificados los arts. 481 a 505 y las disposiciones final art. 506 y transitorias¹²⁷.

El Código penal de 1.850, no modificó, respecto al de 1.848, el Título V del Libro II «Delitos contra la salud pública»; sólo el número de los artículos contenidos. En éste se recogían, en palabras de PACHECO¹²⁸: «los delitos que se pueden cometer en la elaboración y despacho de sustancias medicinales», por lo que afirma que hubiera sido más propio que se denominara de los «droguistas y farmacéuticos». Es decir, trata de los hechos que pertenecen a la normalidad, ya que los delitos que se cometen en caso de epidemias se rigen, de acuerdo con el art. 7¹²⁹ del Código, por las leyes y reglamentos sanitarios. No obstante, de acuerdo con VICENTE Y CARAVANTES, lo que se castigaba era, no sólo el daño que pudiera ocasionarse, sino la falsedad y estafa que llevaban consigo estos delitos¹³⁰.

Estimamos que los artículos aplicables en nuestra investigación sobre el delito de tráfico de drogas son los números 253, 254 y 256, que coinciden con los 246, 247 y 249, respectivamente, del Código penal de 1.848. Esto es así porque, si bien el título V no se modificó, la inclusión de nuevos artículos en los títulos anteriores cambió la numeración de los recogidos en el mencionado título.

Respecto al art. 253, que expresa que: *el que sin hallarse competentemente autorizado elaborar sustancias nocivas a la salud, ó productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos; ó los despachare ó vendiere, ó comerciare con ellos...*, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN sostienen que lo que se castiga como delito no es la elaboración, sino la venta y el tráfico de los géneros preparados; ya que la simple elaboración de los productos puede tener lugar «por motivos inocentes y aún laudables». Estos motivos, según mantiene VICENTE y CARAVANTES «pueden

¹²⁷ Vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 57; asimismo, vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española...*, ob. cit., tomo II, p. 901; igualmente vid., al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE BORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles...*, ob. cit., pp. 323–481.

¹²⁸ Cfr. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *El Código Penal...*, ob. cit., p. 358; en idéntico sentido, vid. VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código Penal.- Comentario novísimamente*, Madrid, 1851, p. 337. Si bien el comentario de Caravantes es dieciséis años anterior al de Pacheco, por lo que nos ha interesado más recoger el de éste último.

¹²⁹ El art. 7 del Código de 1.850 es el mismo que el de 1.848 y está definido más arriba.

¹³⁰ Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código Penal...*, ob. cit., p. 337, quien afirma lo siguiente: «reprímense aquí solamente los delitos en contravención a las leyes comunes sobre la salud pública, esto es, a la expendición de sustancias que por sí o por hallarse adulteradas son nocivas a la salud, y a la elaboración y venta de productos medicinales por quien no tiene autorización para ello. Castigándose, pues, estos delitos no sólo por el daño que puedan ocasionar, sino por la falsedad y la estafa que llevan consigo»; de igual manera, vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, tomo III, 8ª ed., Madrid, 1869, p. 286; asimismo, vid. DE AZCUTIA, M. L.: *Derecho criminal. sustanciación de los procesos, leyes, Decretos y órdenes vigentes; observaciones al Código, y exposición y explicación de casos prácticos dudosos*, 2ª ed., Madrid, 1.862, pp. 271 y 272.

consistir en la práctica de experimentos particulares, con objeto de conseguir adelantos en las ciencias físicas»¹³¹.

PACHECO consideraba que las sustancias medicinales están contenidas dentro de los delitos contra la salud pública, porque todo lo que sirve para curar, sirve para dar muerte¹³². Ha de considerarse que cuando PACHECO editó en 1.867 la tercera edición de sus comentarios al Código de 1.850, las Ordenanzas de Farmacia de 1.860, ya recogían los tres catálogos, donde se especificaban los objetos naturales, drogas y productos químicos; las sustancias venenosas y las plantas medicinales no venenosas. Por este motivo, cuando afirma que el opio es un veneno, al igual que el mercurio, los medicamentos de alguna importancia y los medicamentos homeopáticos, se debe a que todas estas sustancias estaban recogidas dentro del catálogo número 2 de sustancias venenosas o bien, dentro del número 1 de sustancias naturales, drogas y productos químicos, con la consideración de venenoso.

Del aserto anterior se deduce que muchas de las sustancias que se definían como venenosas en aquellos catálogos, –como el opio que refiere PACHECO¹³³– son consideradas drogas actualmente, con lo que podemos afirmar que lo que hoy estimamos como drogas, ya estaban consideradas y catalogadas en aquella época, mientras que gran parte de las sustancias conceptuadas como drogas en aquéllos, son tenidos en nuestros días por productos químicos tóxicos o para usos industriales.

La existencias de los referidos catálogos, que designaban las sustancias y los facultados para su venta, exigía la intervención del Estado, a través de la ley, que imponía que los que se ocupan de ese comercio ofrecieran garantías de conocimiento sobre la materia y dieran seguridad en sus actuaciones, mediante la autorización para el ejercicio de su actividad bajo las reglas y prescripciones determinadas, que en el art. 253 prohibía las boticas clandestinas y en el art. 254 se prohibía que las boticas vendieran sustancias sin cumplir las formalidades previstas.

Ello requeriría que quienes se ocupasen del comercio, ofrecieran garantías de ciencia, es decir, que se encontrasen, no sólo autorizados para su ejercicio, sino que, el comercio se practicara bajo las reglas y prescripciones previstas en los reglamentos de la profesión de farmacia, con lo que toda contravención a éstas sería considerado delito.

3.2.4. CÓDIGO PENAL DE 1.870

3.2.4.a. VISIÓN HISTÓRICA Y COMENTARIOS

El Código Penal de 1.850 dejó de tener vigencia cuando, tras el derrocamiento de la Reina Isabel II, se promulgó la Constitución de 1.869, que introducía novedades en materia de libertad religiosa, de derechos y garantías individuales, sufragio universal

¹³¹ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho...*, ob. cit., 8ª ed., p. 287; en el mismo sentido, vid. VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código Penal...*, ob. cit., p. 338.

¹³² Vid. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: *El Código Penal...*, ob. cit., pp. 362 y 363.

¹³³ Vid. PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F.: últ. ob. cit., p. 363.

y libertad de reunión y asociación, que discrepaban de los preceptos del Código penal en vigor.

Como afirma FIGUEROA NAVARRO, «el Código Penal de 1.870 es la historia de una paradoja. El más corto en su elaboración (...) y el de más larga vigencia en nuestro país, pues no debe olvidarse, que aunque derogado en 1.928, es restablecido por la Segunda República»¹³⁴.

El Anteproyecto de Código fue entregado por la Comisión de codificación el 1º de octubre de 1.869 a la Comisión legislativa presidida por Ruiz Zorrilla. El Ministro de Gracia y Justicia don Eugenio Montero Ríos presentó el Proyecto de ley en las Cortes, que elaboraron la ley 18 de junio de 1.870, autorizando a plantear como Ley provisional dicho proyecto¹³⁵. El 30 de agosto el regente don Francisco Serrano decretó, con arreglo a lo dispuesto en la ley 28 de noviembre de 1.837 (que ya mencionamos al referirnos al Código penal de 1.850), que determinaba la fecha en que empezarían a regir las disposiciones legales. El Código se publicó el 30 de agosto de 1.870. Debido a que los trabajos de deliberación y publicación fueron llevados a cabo de manera muy rápida¹³⁶, el Código contenía un elevado número de faltas de redacción, copia e impresión. Por ese motivo el regente decretó el 1 de enero de 1.871 que se realizara otra edición del Código, una vez se hubiera corregido el texto¹³⁷.

Respecto al influjo de códigos anteriores en el Código de 1.870, ANTÓN ONECA¹³⁸ veía en él rasgos del Código del 48; JIMÉNEZ DE ASÚA¹³⁹ estimaba que aspira, como el Código del 48, a un eclecticismo anticientífico. En cambio, VON LISZT lo consideraba una reforma del Código del 50¹⁴⁰. DEL ROSAL opinaba que en él predominaba un estilo castizo y preciso, que reducía el articulado y corregía el casuismo del Código anterior¹⁴¹.

¹³⁴ Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: «El proceso de formación...», ob. cit., pp. 338 y 339.

¹³⁵ Vid. SÁINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones...*, ob. cit., 1ª ed., p. 233. Las Cortes dieron su aprobación provisional, aplazando la discusión definitiva a la reanudación de las sesiones después del verano. De ahí que SILVELA le llamara el Código «de verano».

¹³⁶ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Derecho Penal...*, ob. cit., 3ª ed., p. 19. El comentarista parafrasea a González Serrano, cuando dice: «en dos días y pocas horas y por corto número de diputados» para referirse a la aprobación del proyecto presentado por el Ministro. Asimismo, especifica: «se presentó con el carácter de provisional, hasta que se discutiese y reformase detenidamente, y lleva en vigor más de medio siglo; (...) bien mirado es el procedimiento que sigue casi siempre nuestro Parlamento la habilidad política para dar vida legal a los proyectos: la sorpresa».

¹³⁷ Vid. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal...», ob. cit., pp. 235 y 236; también, vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 57.

¹³⁸ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «Historia del Código Penal...», ob. cit., p. 277, quien expresa: «Fácil es ver rasgos fisionómicos del lejano antecesor en varios delitos en particular del Cuerpo legal vigente, heredados a través del Código del 48 (delitos contra el derecho de gentes, falsedades, delitos de los funcionarios públicos, lesiones, etc.)».

¹³⁹ El penalista Jiménez de Asúa declaraba: «Al igual que el de 1.848, aspira el del 70 a un eclecticismo anticientífico; dominan los principios de la retribución y de la utilidad, pero éste último en el arcaico sentido de la palabra (y de la doctrina), tan distinto del sentido utilitario de las nuevas doctrinas penales». Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Derecho Penal...*, ob. cit., 3ª ed., pp. 18 y 19.

¹⁴⁰ Cfr. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 57. El autor afirma que: «Una reforma gradual, si bien hecha con más cuidado que la de 1.850».

¹⁴¹ Cfr. DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 199.

Además, ANTÓN ONECA estimaba que la teoría fundamental sobre la que se inspiraba el Código era la correccionalista, al igual que en el Código anterior¹⁴².

El nuevo Código elaborado, se ajustaba a las innovaciones recogidas en la Constitución, pero también se aprovechó para introducir las nuevas tendencias del Derecho penal, en cuanto a la humanización o mitigación de penas. Finalmente, se aprovechó para corregir ciertos preceptos defectuosos¹⁴³.

Para adecuarse a innovaciones de la Constitución de 1.869, relativas al derecho a la libertad de culto, se eliminó el Título I del libro II del Código de 1.850, referido a los delitos contra la religión, recogiendo los delitos relativos a la libertad de culto en la sección 3ª del capítulo I, título II del libro II. Por lo que respecta a los derechos y garantías individuales, en el capítulo II del título II se incluyeron dos secciones que garantizaban y regulaban el ejercicio de los mismos. El libro III se dividió en cuatro títulos.

En cuanto a la humanización del Código, ANTÓN ONECA¹⁴⁴ considera que esto es debido al carácter ilustrado de sus autores y que el código tenía que suavizarse respecto a sus antecedentes del 48 y del 50, que habían sido elaborados en una época convulsa en que se exigía rigidez y una cierta dureza de penas. Destacaremos de estas reformas la reducción del catálogo de penas, suprimiendo especialmente las perpetuas, (aunque se mantuvo su nombre); si bien se conservaron algunos casos que se castigaban con pena de muerte¹⁴⁵.

A juicio de ANTÓN ONECA, la reforma de 1.870 fue muy útil en lo político – por lo que respecta a la introducción de la protección de los derechos individuales y a la mitigación de penas–, pero menos favorable en lo técnico, ya que, en lugar de eliminar los excesos del legalismo de códigos anteriores –cuyo fin era limitar la arbitrariedad y parcialidad de los jueces–, como habían hecho otras legislaciones de la época, se incrementaron estos efectos, al aumentar el casuismo; con lo que perdió concisión y sencillez.

La ley 17 de junio de 1.876 ordenaba una serie de enmiendas al Código penal de

¹⁴² Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, 2ª ed. (anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J. y BENEYTEZ MERINO, L.), Madrid, 1.986, p. 77.

¹⁴³ Cfr. voz «Código penal» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española...*, ob. cit., tomo II, p. 901. En igual sentido, vid. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal...», ob. cit., p. 237.

¹⁴⁴ Cfr. ANTÓN ONECA, J.: últ. ob. cit., p. 241, quien refiere: «sus autores, hombres educados en las ideas de la Ilustración –entre las cuales tuvieron lugar preferente las de mitigación de las penas–, se ocuparon en limar las aristas demasiado duras de los Códigos del 48 y del 50».

¹⁴⁵ Cfr. voz «Código penal» en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española...*, ob. cit., tomo II, p. 901. Las modificaciones que comenta que se introdujeron en el Código son las siguientes: 1º supresión del principio de concurso de delitos «a tantos delitos correspondían tantas penas», por el sistema de la acumulación jurídica; 2º supresión de las penas perpetuas, si bien se conserva su nombre; 3º supresión de la pena de argolla; 4º supresión de la vigilancia de autoridad a los sujetos que recobraban la libertad tras cumplir alguna condena; 5º supresión del título VI del libro II (258 a 266 sobre vagos y mendigos).

1.870, que sólo afectaban a temas de importancia menor¹⁴⁶.

3.2.4.b. ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DE LA REGULACIÓN PENAL DEL TRÁFICO DE DROGAS

El Código Penal de 1.870¹⁴⁷ contenía 626 artículos y estaba dividido, como sus dos antecesores, en tres libros. El primero definía las disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables de los mismos y las penas; el segundo trataba de los delitos y sus penas; el tercero hablaba de las faltas y sus penas¹⁴⁸.

El título que estudiamos es el Título V del Libro II “De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública”. En lo referente a nuestro estudio, nos interesa el Capítulo II, que es el que trata de los delitos contra la salud pública.

MONTALBÁN daba una definición de delitos contra la salud pública, en la que se recogían las infracciones a las leyes permanentes (considerando como tales a las leyes ordinarias de sanidad), cuyo objeto era reprimir eficazmente a los que elaborasen o vendiesen medicamentos sin autorización alguna, o que disponiendo de ella, faltasen a los requisitos exigidos por las leyes correspondientes; que pudiesen perjudicar a la salud. Asimismo, decía que no se recogerían aquí las contravenciones a las reglas extraordinarias de sanidad, como las dictadas para tiempo de epidemia¹⁴⁹.

GROIZARD, el comentarista por excelencia del Código penal de 1870, afirmaba que los delitos contra la salud pública son los cometidos por los particulares con el fin de suspender los saludables efectos de las leyes dictadas para proteger el derecho social, que asegura que no se vicien ni alteren los medios que más directamente influyen en las condiciones sanitarias de la población¹⁵⁰. Estos delitos sólo se contemplan en épocas normales, acerca de lo cual, GROIZARD opina: «En ningún artículo del presente capítulo se habla de los delitos que contra la salud pública se cometen en épocas de epidemias. Lo aplaudimos. El Código no debe reflejar más que los medios jurídicos

¹⁴⁶ Vid. VON LISZT, F.: *La legislación penal comparada...*, ob. cit., p. 57.

¹⁴⁷ Vid., al respecto, SILVELA, L. y SILVELA, E.: *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. Parte Segunda, 2ª ed., Madrid, 1.903, pp. 472 y 473.

¹⁴⁸ Cfr. SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Principios del Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 78 y 79. Como afirma el comentarista: «esa enumeración de los epígrafes de sus tres libros da a conocer suficientemente su método. Comienza por dar disposiciones generales que han de revelar al juez lo que es el delito, los diversos grados de responsabilidad criminal y el sistema de penar, aplicando después estos principios a casos determinados y a delitos y faltas particulares que son el objeto de los dos últimos libros. Primero la síntesis, la teoría; luego el análisis, la aplicación de los principios a la práctica, e aquí el acertado método del Código español».

¹⁴⁹ Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del derecho...*, ob. cit., p. 286. Esto mismo se reproduce en el tomo III, 11ª ed., (Corregida y aumentada por don Juan Manuel Montalbán), Madrid, 1.874, p. 320. En la parte superior del texto nos referimos sólo a Montalbán y no citamos a Gómez de la Serna para no inducir a error con Groizard, cuyo segundo apellido era precisamente ese.

¹⁵⁰ Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1.870*, tomo IV, 2ª ed., Madrid, 1.912, pp. 35 y 36. Groizard entiende por derecho social: «aquello a lo que todos tienen igual derecho es lo que constituye el derecho social».

protectores de la sociedad en sus condiciones normales»¹⁵¹.

Si analizamos la visión de GROIZARD, respecto al comentario de MONTALBÁN y a comentaristas de códigos anteriores, podemos apreciar que, en cuanto al sujeto activo, ya no se circunscribe al personal autorizado –a saber, boticarios, personal sanitario y drogueros–, sino que se extiende a todos los particulares. Por otra parte, contempla innovadoramente el bien jurídico protegido –esto es, la salud pública–, que lo considera como derecho social a proteger, en contraposición con los códigos anteriores que se ceñían al ámbito del individuo. Esto contrasta significativamente con la visión de PACHECO del Código del 50, en el que éste consideraba, que por su estricto contenido, el título debería denominarse «de los droguistas y de los Farmacéuticos».

Continuando con el análisis de los comentarios de GROIZARD, nos interesa analizar su afirmación: «no castigar la mera infracción de las disposiciones sanitarias cuando de ella no se siga ningún daño inmediato, pues que falta entonces el mal material producto del acto inteligente y libre»¹⁵². Un ejemplo del anterior aserto, podría ser, el hipotético caso del médico que prescribe la administración de opio, en dosis no nocivas, a un paciente, no con el fin de paliar dolor (que sería la aplicación recogida en las disposiciones sanitarias), sino de producir placer. En este caso, como al paciente no se le causa daño inmediato, tan sólo se estarían infringiendo las disposiciones sanitarias, aunque no se consideraría delito. Apreciamos en ello un claro paso adelante, respecto a las concepciones anteriores, en la materia que estamos tratando, relativa al tráfico de drogas, porque de lo anterior se desprende la pretensión de crear un delito de resultado (que exista un mal material), mientras que para MONTALBÁN, se trataría de un delito de mera actividad, ya que él consideraba que se debían castigar los actos de elaboración y venta de sustancias por personal autorizado, cuando de ellos surgiese la posibilidad de perjudicar la salud, aunque no se hubiera materializado el mal a la salud.

Nos interesa estudiar los artículos 351, 352 y 354 del Capítulo II, teniendo en cuenta que cuando se aprobó el Código de 1.870, ya se encontraban en vigor las Ordenanzas de Farmacia de 1.860, que servían de complemento técnico a dichos artículos.

Art. 351. El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas á la salud, ó productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, ó los despachare, ó vendiere, ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 352. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas á la salud, ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrarle, sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

¹⁵¹ Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: últ. ob. cit., p. 38.

¹⁵² Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: últ. ob. cit., p. 37.

Art. 353. Los Farmacéuticos que despacharen medicamentos deteriorados ó sustituyeren unos por otros, ó los despacharen sin cumplir con las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos, serán castigados con las penas de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si por el efecto de despacho del medicamento hubiere resultado la muerte de una persona, se impondrá al culpable la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo, y la multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 354. Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables á los que trafiquen con las sustancias ó productos expresados en ellos y á los dependientes de los Farmacéuticos cuando fueren los culpables.

Por lo que respecta al art. 351, MONTALBÁN entendía que para que existiera delito, debía haber venta de las sustancias elaboradas, ya que la fabricación por personal no autorizado «puede tener lugar por motivos inocentes y aún laudables»¹⁵³.

GROIZARD, por su parte, consideraba que no hubiera incluido los arts. 351 y 352 en el Código, ya que su lugar es la ley de Sanidad. Como expresamos más arriba, la opinión de este comentarista, es que, para que la culpa sea castigada, es preceptivo un daño material. «Faltan pues, en el acto los caracteres ordinarios del delito»¹⁵⁴. Para que el delito se determine, es necesario, además, que la elaboración de estas sustancias, se haya realizado con la finalidad de vender los productos obtenidos. Si el fin es distinto, no sería punible. El autor considera que la materia se sitúa dentro del ámbito de la Administración General del Estado, debido a que la elaboración de sustancias y productos nocivos, sobre todo aquellos que con su explosión puedan originar grandes estragos, supone un peligro social que el Estado debe alejar, castigando en todo caso la fabricación de productos peligrosos, por personas sin título científico o sin autorización competente¹⁵⁵.

Refiriéndonos al artículo 351, BUENAVENTURA consideraba que en muchos casos, la pena impuesta a los criminales era exageradamente pequeña, en comparación con los daños causados. Así expresaba: «He visto envenenamientos causados con sustancias y productos químicos suministrados por curanderos ó embaucadores, bajo pretexto de que con ellos podría una persona hacerse querer de otra; y en este caso la pena del expendedor de tales sustancias ó productos químicos, debería imponerse al que los suministró más bien, que al que inocentemente usó de ellos»¹⁵⁶.

¹⁵³ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho...*, ob. cit., 11ª ed., p. 320; igualmente, vid. VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal reformado de 1.870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1.876*, tomo II, 4ª ed., Madrid, 1.890, pp. 511 y 512. Además comenta que, si se produjese un daño que causase una lesión, constituiría un delito de imprudencia por infracción de reglamentos, sancionado en el art. 581.2 Código penal.

¹⁵⁴ Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal...*, ob. cit., p. 45.

¹⁵⁵ Vid. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *últ. ob. cit.*, pp. 45 y 46.

¹⁵⁶ Cfr. BUENAVENTURA SELVA, N.: *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1.870*, Madrid, 1.870, p. 151.

En cuanto al art. 352, VIADA comentaba que las personas autorizadas para el tráfico de estas sustancias venenosas o productos químicos –Farmacéuticos, drogueros, fabricantes de productos químicos, herbolarios y hierberos– se sujetaran, en lo relativo a la venta de estas sustancias, a lo dispuesto en los arts. 19, 20, 21, 55, 56, 57, 60 y 69 de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1.860. El incumplimiento de la normativa anterior constituía la delincuencia prevista y penada en este artículo, fundamentado en los gravísimos daños que pudieran ocasionarse por la no observancia de las formalidades prescritas¹⁵⁷. Con respecto a los drogueros, la STS de 30-06-1.905 declaró que: *Un droguero vendió un purgante de aceite de ricino y jarabe, seis céntimos de polvos de vegeto, otros seis de polvos de zinc, adormideras y beleño, para preparar un conocimiento a dos personas. Procesado y condenado interpuso recurso de casación, que el Tribunal supremo desestima por considerar: que el art. 55 de las Ordenanzas de Farmacia de 1.860, dispone que los drogueros podrán vender los objetos naturales, drogas y productos químicos, exclusivamente medicinales al por mayor y sin ninguna preparación, y solamente a los Farmacéuticos podrán aquéllos vender los citados artículos al por menor cuando lo pidan por escrito y bajo su firma, debiendo aún en este caso, expenderlas sin ninguna preparación; y como en la Sentencia reclamada se afirma que el recurrente vendió a particulares, sin las formalidades mencionadas, varios productos conocidamente destinados a usos terapéuticos, es evidente que concurren en este caso todos los elementos del delito previsto en el art. 352 Código penal, por cuanto el culpable autorizado en concepto de droguero para el tráfico de sustancias que pueden ser nocivas a la salud expendió alguna de ellas sin cumplir las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos. Y la STS de 12-11-1.889 condenó a: drogueros que vendían sustancias medicinales nocivas a la salud por ser deficientes y adulteradas en sus elementos componentes, tales como unción fuerte, papelitos para calenturas, éter sulfúrico, citrato de magnesia, y otras venenosas como el bismuto, yodo, preparados de opio y cantáridas, comprendidas en los catálogos números 1º y 2º de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1.860, han faltado a las prescripciones del art. 55, sin cumplir tampoco las formalidades del art. 57 de las mismas y la Ley de Sanidad aunque los expendedores estuvieren autorizados como drogueros para vender los objetos naturales, drogas y productos químicos, sin ninguna preparación ni aún la de la pulverización, cuyos hechos constituyen el delito previsto y penado en el art. 352 del Código penal, en cuya sanción han incurrido los procesados.*

MONTALBÁN consideraba este artículo una «medida preventiva de males de consideración» y una garantía de cumplir las prescripciones reglamentarias oportunas¹⁵⁸.

El último citado comentaba, asimismo, acerca del art. 353 que, un medicamento deteriorado o sustituido por otro producirá a menudo resultados diferentes a los propuestos por el médico, empeorando la situación del paciente e incluso causándole la muerte. La distinción de penalidad es muy conveniente y se justifica cuando el enfermo

¹⁵⁷ Vid. VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal reformado...*, ob. cit., p. 512.

¹⁵⁸ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M.: *Elementos del Derecho...*, ob. cit., 11ª ed., pp. 320 y 321. El autor comentaba que: «hay sustancias venenosas, que se pueden pedir para matar animales dañinos, pero que también pueden comprarse para cometer un crimen. Expenderlas libremente y sin limitación alguna favorecería a las veces los designios de los malvados».

ha fallecido por una mala calidad del medicamento o por la sustitución de otro. En lo tocante a la pena impuesta por despachar medicamentos sin cumplir con las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos, éstas estarían basadas en los mismos hechos que los recogidos en el art. 352¹⁵⁹. Asimismo, las SsTS de 13-12-1.901, 16-08-1.902 declararon que: *En los delitos contra la salud pública no procede nunca estimar se hayan producido por imprudencia con infracción de Reglamentos, al efecto de penarlos conforme al art. 581, porque precisamente la infracción de los reglamentos y la falta de intención, en relación con el resultado previsto, es lo que integra y contiene la esencia de tales delitos.*

En lo concerniente al art. 353, no lo consideramos de aplicación para nuestro análisis, ya que la única acción que nos interesaría del mismo, sería la que expresa *los despacharen sin cumplir con las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos*. Sin embargo, coincidimos con la explicación de VIADA, que consideraba que la frase es superflua, ya que en el art. 352, incluiría por extensión a los farmacéuticos como personas autorizadas para el tráfico de sustancias o productos químicos. El autor consideraba que la inclusión de dicho fragmento pudiera ser debida a un intento del legislador de castigar a los farmacéuticos que no cumplieran sus deberes, con mayor severidad que a los demás traficantes de esa clase de productos y sustancias. Asimismo, el comentarista destacaba que el último párrafo del artículo no existía en el Código penal de 1.850 y opinaba «que al tratarse de un hecho sin intención ni malicia podría haber sido juzgado y condenado por el título XIV de este libro II, denominado de la imprudencia temeraria»¹⁶⁰. Igualmente, la STS de 13-12-1.901 que posteriormente reiteraría la de 29-11-1.929, concluyeron: *Constando que el establecimiento de farmacia, que sin título ni regente facultativo, tenía abierto al público el procesado, y con evidente infracción de las Ordenanzas de 18 de abril de 1.860, se expendieron pastillas de sublimado corrosivo, que por homicidio, produjeron muerte de una persona, está rectamente aplicable el artículo.*

Por lo que atañe al art. 354, VIADA consideraba que el artículo decía más de lo debería decir, ya que el art. 352 se refería a todos los que traficaran con sustancias o productos expresados en él, por lo que sobraba extenderse a las demás personas; por tanto, el art. 354 sería únicamente extensivo a las disposiciones del art. 353 y al art. 352 cuando los culpables fueran los dependientes de los farmacéuticos. El autor consideraba también que el art. 354 debería recoger a los dependientes de droguería, herbolarios o hierberos cuando fueran los culpables de las disposiciones recogidas en este artículo¹⁶¹.

3.3. EVOLUCIÓN EXPERIMENTADA POR LOS ARTÍCULOS APLICABLES

¹⁵⁹ Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P y MONTALBÁN, J. M.: últ. ob. cit., p. 321.

¹⁶⁰ Vid. VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal reformado...*, ob. cit., p. 515. El autor refería que, si a consecuencia del medicamento resultase otro mal distinto de la muerte, el hecho ejecutado constituiría dos delitos: el del art. 353 por haber suministrado un medicamento deteriorado, o diferente del prescrito, o que no cumpliera con las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos y uno de imprudencia simple definido al art. 581.2 siendo aplicable la pena del delito más grave en grado máximo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 90.

¹⁶¹ Vid. VIADA Y VILASECA, S.: últ. ob. cit., p. 516.

AL TRÁFICO DE DROGAS EN LAS REFORMAS DEL CÓDIGO EN EL PERÍODO 1.822-1.870

A continuación reflejaremos, en un único cuadro, los artículos de los códigos decimonónicos, que en nuestro análisis hemos considerado que pueden ser precursores de los que actualmente regulan el delito del tráfico de drogas. Ello puede ser útil para tener una imagen global de la evolución de la legislación en la materia.

C. P. 1.822	C. P. 1.848	C. P. 1.850	C. P. 1.870
<p>Art. 363. Cualquiera que sin legal aprobación, conforme á los reglamentos respectivos, ejerce la medicina, cirugía, farmacia, arte obstetricia ó flebotomía, pagará una multa de veinte y cinco á doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno á seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideración á los pacientes á quienes asistió ó suministró remedios. Pero sí se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno á seis años, además del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena, que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con</p>	<p>Art. 246. El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud ó productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, ó los despachare ó vendiere, ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 50 a 500 duros.</p>	<p>Art. 253. El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud ó productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, ó los despachare ó vendiere, ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 50 a 500 duros.</p>	<p>Art. 351. El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud, ó productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, ó los despachare, ó vendiere, ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas.</p>

<p>arreglo al título quinto de esta primera parte.</p>			
<p>Art. 365. En conformidad de la disposición del artículo 363, y con sujeción á las penas establecidas en él, por ningún motivo o bajo pretexto ó denominación alguna se permitirán curanderos ó charlatanes, ya sean en la ocupación de asistir á enfermos, ó ya en la de dar ó vender ó remedios simples ó compuestos de ninguna especie. Cualquiera persona que sin autorización competente venda ó suministre remedios simples ó compuestos de cualquiera especie, aunque se titulen preservativos ó de otra cualquier manera, será también castigada con arreglo al artículo 363.</p>			
<p>Art. 374. Ninguna persona sin estar examinada y autorizada con arreglo á la ley podrá vender, distribuir ni suministrar</p>			

<p>vegetales medicinales, secos ni frescos, que puedan ser nocivos á la salud, bajo la misma pena del artículo precedente.</p>			
<p>Art. 366. Ningún boticario ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva á la salud, ni bebida ni medicamento en cuya confección ó preparación entre parte alguna venenosa, ó que pueda ser nociva, ni menos esta parte sola, sin receta de médico ó cirujano aprobado. El que hiciere lo contrario pagará una multa de veinte y cinco á cien duros, si de la bebida, droga ó medicamento que diere no se hubiere seguido daño alguno. Pero si se hubiere seguido daño, acreditado en debida forma, el boticario ó practicante de botica, además de pagar la multa referida, sufrirá una reclusión de seis meses á cuatro</p>	<p>Art. 247. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrare sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor, y multa de 10 a 100 duros.</p>	<p>Art. 254. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrare sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor, y multa de 10 a 100 duros.</p>	<p>Art. 352. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud, ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrare, sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 a 1.250 pesetas.</p>

años.			
Art. 367. Jamás, bajo las propias penas en uno ú otro caso, podrá dar ningún boticario ó practicante de botica remedio alguno secreto, cuya venta no esté autorizada competentemente			
Art. 373. Ningún droguero, especiero, ni comerciante podrá vender, distribuir ni suministrar de cualquier otra manera géneros medicinales, como no sean simples, enteros y por mayor de cuarterón arriba, so pena de multa de diez á cien duros.	Art. 249. Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables á los que trafiquen con las sustancias ó productos expresados en ellos, y á los dependientes de los boticarios cuando fueren los culpables	Art. 256. Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables á los que trafiquen con las sustancias ó productos expresados en ellos, y a los dependientes de los boticarios cuando fueren los culpables.	Art. 354. Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables a los que trafiquen con las sustancias ó productos expresados en ellos y a los dependientes de los Farmacéuticos cuando fueren los culpables.

4. JURISPRUDENCIA SOBRE EL DELITO EN EL PERÍODO

Dentro de nuestro trabajo, consideraremos la Jurisprudencia que se ha publicado a lo largo de la vigencia de cada uno de los Códigos penales analizados, con el fin de observar cómo han sido y son aplicados por los órganos judiciales los preceptos correspondientes al delito de tráfico de drogas. El Tribunal Supremo, como expresa SALDAÑA, «es el primer comentarista, y único comentarista oficial de nuestro Código»¹⁶².

Hemos examinado las Sentencias¹⁶³ publicadas en el período para cada uno de los artículos objeto de estudio recogidos en el apartado anterior, hallando tan sólo las

¹⁶² Cfr. SALDAÑA, Q.: *Comentarios al Código Penal de 1.870*, vol. I, tratado I, Madrid, 1.920, p. XXI.

¹⁶³ Las Sentencias encontradas se hallan recogidas por los siguientes autores: cfr. HIDALGO GARCÍA, J. A.: *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, tomo I, Madrid, 1.908, pp. 992 y 993; VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal reformado...*, ob. cit., p. 252.

siguientes:

SENT.	DESCRIPCIÓN
12/11/1.889 (Art. 352)	<i>Condena a drogueros que vendían sustancias medicinales nocivas a la salud por ser deficientes y adulteradas en sus elementos componentes, tales como unción fuerte, papelitos para calenturas, éter sulfúrico, citrato de magnesia, y otras venenosas como el bismuto, yodo, preparados de opio y cantáridas, comprendidas en los catálogos números 1º y 2º de las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1.860, han faltado a las prescripciones del art. 55, sin cumplir tampoco las formalidades del art. 57 de las mismas y la Ley de Sanidad aunque los expendedores estuvieren autorizados como drogueros para vender los objetos naturales, drogas y productos químicos, sin ninguna preparación ni aún la de la pulverización, cuyos hechos constituyen el delito previsto y penado en el art. 352 del Código penal, en cuya sanción han incurrido los procesados.</i>
12/11/1.889	No siempre la infracción de estas ordenanzas constituye delito y en tal caso puede aquélla ser corregida gubernativamente, pues dichas ordenanzas no tienen carácter de ley especial.
10/07/1.893 (Nat. jurídica del delito)	Los delitos contra la salud pública son los que afectan o se dirigen contra todos los individuos de una población, todos deben afectar a la salud pública en general, y no a determinadas personas o propiedades.

En la primera de ellas, los condenados vendían preparados de opio, aunque la naturaleza del delito no es propiamente tal tráfico, sino la contravención del art. 352 C. P., derivado del incumplimiento de las Ordenanzas de Farmacia de 1.860. Es decir, no se juzgaba la propia venta o tráfico de sustancias nocivas a la salud, pues ésta estaba regulada a través de los catálogos 1º y 2º, incluidos en dichas Ordenanzas¹⁶⁴, sino la infracción de las disposiciones del art. 55 –sobre venta de productos recogidos en el catálogo 1º– y del art. 57 –sobre venta de productos recogidos en el catálogo 2º–, incluidos en el Capítulo V «del comercio de droguería», que regulaba la actividad de venta de los drogueros y sólo de ellos.

La segunda de las Sentencias citadas argumenta que, en determinadas

¹⁶⁴ En el apartado supra donde estudiamos las Ordenanzas de Farmacia de 1.860, ya tratamos los catálogos de sustancias, aunque para mayor facilidad del lector volveremos a mostrar algunas de las sustancias recogidas en aquéllos, como por ejemplo, adormideras, beleño, belladona y su simiente, coca de levante, cornezuelo, estramonio, mandrágora, morfina y sus sales, opio.

circunstancias, la contravención a las Ordenanzas de Farmacia no constituye delito, sino simplemente una infracción gubernativa, al no tener carácter de ley especial, sino de norma administrativa.

La tercera Sentencia versa sobre el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, entendiéndose por tal a la salud pública o salud de la colectividad. Esta consideración sobre el bien jurídico protegido se ha mantenido invariable hasta nuestros días.