

TRADUÇÕES / *TRANSLATIONS*

LA PERSECUCIÓN DE LA TRAICIÓN EN LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA (1808-1814)

UNA APROXIMACIÓN AL PARADÓJICO CONTEXTO ESPAÑOL DE RECEPCIÓN DE LAS IDEAS LIBERALES FRANCESAS*

THE PERSECUTION OF TREASON DURING THE WAR OF INDEPENDENCE (1808-1814)

AN APPROXIMATION OF THE PARADOXICAL SPANISH CONTEXT OF RECEPTION OF FRENCH LIBERAL IDEAS

ANICETO MASFERRER**

RESUMEN

No fue fácil la recepción de las ideas ilustradas y liberales francesas en el contexto de la Guerra de la Independencia (1808-1814), que exigió la defensa de la soberanía de la nación española. El Derecho penal sirvió como instrumento para defender la nación española frente a la invasión francesa merced a la persecución y castigo del delito de traición (o de ‘infidencia’). El presente artículo analiza cómo se reguló este delito en el tránsito del antiguo sistema político absolutista al nuevo de cuño liberal o constitucional, cuyas bases o principios provenían del país invasor, tanto en el ámbito militar como en la esfera jurídico-pública o jurídico-penal. El delito de traición provenía de la categoría *crimen laesae maiestatis*. Más en concreto, se analiza cómo la transición del Antiguo Régimen al sistema político liberal tuvo importantes consecuencias en la evolución del delito de traición. La principal controversia que suscitó la regulación y persecución del delito de infidencia provino del hecho de que, en el nuevo sistema político, el Estado no estaba por encima del Derecho y la traición sólo podía perseguirse y castigarse con arreglo a la legalidad. Era la primera vez en la historia

ABSTRACT

*It was not easy the reception of the French enlightened and liberal ideas in the context of the War of Independence (1808-1814), which required the defense of the sovereignty of the Spanish nation. Criminal law served as an instrument to defend the Spanish nation against the French invasion thanks to the persecution and punishment of the crime of treason (or ‘Infidencia’). The present article analyzes how this crime was regulated in the transition from the old absolutist political system to the new liberal or constitutional one, whose principles came from the invading country, both in the military sphere and in the public or criminal law sphere. The crime of treason came from the *crimen laesae maiestatis*. More specifically, it analyzes how the historical change from the Ancien Régime to the liberal state implied substantial consequences concerning the use of treason or *lese majesty* as political crimes to achieve political purposes. The main source of controversy in legislating and prosecuting the crime of infidencia sprang from the fact that under the condition of the new political and constitutional system the state was not above the law and treason could not be prosecuted and punished without keeping the*

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “Las influencias extranjeras en la Codificación penal española: su concreto alcance en la Parte Especial de los Códigos decimonónicos” (ref. DER2016-78388-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Profesor de Historia del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España). Ex-presidente de la *European Society for Comparative Legal History*. E-mail: aniceto.masferrer@uv.es.

en la que el *crimen laesae maiestatis* debía ser regulado y aplicado en el marco de un sistema político distinto al absolutista.

PALABRAS CLAVE: Delito de traición. Guerra de la Independencia. Antiguo Régimen. Liberalismo. Constitucionalismo.

rule of law. That was a new situation, indeed, which needed new legal responses to deal with political dissidence, and the former concepts of political crime – crimen laesae maiestatis and treason – had to be legislated and applied within and according to a new political and constitutional system, resulting in the conceptualisation of the crime of infidencia through the debates and legislation of the Cortes of Cádiz.

KEYWORDS: *Crime of treason. Spanish War of Independence, Old Regime, Liberalism, Constitutionalism*

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Traición, *crimen laesae maiestatis* e infidencia. 3 La Guerra de la Independencia, origen y contexto histórico del delito de infidencia. 3.1 Los afrancesados contra los absolutistas y liberales. 3.2 Los juramentados y los afrancesados. 4 Los liberales y la creación del delito de infidencia. 5 La supresión del delito de infidencia. 6 A modo de conclusión.

1 INTRODUCCIÓN

La introducción del sistema político liberal en España tuvo sus inicios en el contexto de la invasión francesa y la Guerra de la Independencia (1808-1814). La situación fue un tanto paradójica: mientras las ideas ilustradas y liberales se pretendían introducir en España con la invasión francesa y la Constitución –o ‘Carta Otorgada’– de Bayona (1808), la población española reaccionaba, ante esa pretensión, con los primeros levantamientos en el norte de España y el Dos de Mayo (1808) en la capital del Reino. España estaba dispuesta a introducir en buena medida las ideas ilustradas y liberales provenientes de Francia, pero no a la perder la propia soberanía, principio consagrado en el artículo 3 de la Constitución de Cádiz¹. Seguía el ejemplo francés al promulgar Constituciones y Códigos, pero no admitía que estos textos fueran franceses². En este sentido,

1 Masferrer, A., “La soberanía nacional en las Cortes gaditanas: su debate y aprobación”, *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (José Antonio Escudero, dir.). Madrid, Fundación Rafael del Pino-Espasa, 2011, vol. II, pp. 639-672; el presente artículo es, en buena medida, la versión castellana de mi estudio “The Crime of *infidencia* in the Cortes of Cádiz: An Approach to the Crime of Treason during the Early Spanish Constitutionalism (1808-1814)”, *Revolt and politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert. Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse / Revolts and Political Crime from the 12th to the 19th Century. Legal Responses and Juridical-Political Discourses*, herausgegeben von Angela De Benedictis und Karl Härter unter redaktioneller Mitarbeit von Tina Hannappel und Thomas Walter (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 285), Frankfurt am Main: Klostermann 2013, pp. 447-473.

2 Masferrer, A., “Was the French Civil Code ‘the Model’ of the Spanish One? An Approach to the Uniqueness of the Spanish Civil Code”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp. 99-124; del mismo autor, “Tradición e influencias extranjeras en la codificación penal española”, *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su con-*

introdujo los principios del Constitucionalismo moderno (soberanía nacional, división de poderes, reconocimiento de los derechos fundamentales), recogidos en buena medida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)³, pero los textos constitucionales debían ser españoles o expresión de la soberanía nacional española.

Hacer compatibles la recepción e introducción de las ideas ilustradas y liberales del país vecino con la defensa de la soberanía de la nación española no fue fácil, y menos en el contexto de una Guerra cuyas consecuencias socioeconómicas fueron graves⁴. Un instrumento para defender la nación española frente a la pretensión francesa fue el Derecho penal y, más en concreto, la persecución y castigo del delito de traición, pero no en el marco del antiguo sistema político absolutista sino en el nuevo de cuño liberal o constitucional, cuyas bases o principios provenían en buena parte del país contra el que se estaba librando la batalla, tanto en el ámbito militar como en la esfera jurídico-pública o jurídico-penal.

2 TRAICIÓN, *CRIMEN LAESAE MAIESTATIS* E INFIDENCIA

El término ‘infidencia’ es poco corriente, no solo en su acepción técnico-jurídica, sino también en la común. Sin embargo, tiene diversos significados, a saber, traición, deslealtad, infidelidad, quiebra de la confianza, etc. Desde una perspectiva jurídica, la infidencia constituye una conducta criminal que, relacionada con la traición, apareció en el contexto de la Guerra de la Independencia (1808-1814) para castigar aquellos que apoyaron la causa de José I, hermano de Napoleón Bonaparte. Cabría decir, si se prefiere, que la infidencia se erigió en un tipo de delito de traición encaminado al castigo de quienes traicionaron la nación española personificada en Fernando VII, su rey legítimo. En este sentido, la infidencia se introdujo a principios del siglo XIX como una respuesta del Estado a aquellos que incurrieron en el grave delito político de traicionar el legítimo poder político de la naciente nación española.

La tradición jurídica española cuenta, al igual que otros territorios europeos⁵, con una dilatada experiencia histórica en revueltas y demás

tribución al proceso codificador. Parte General (Aniceto Masferrer, ed.), Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, pp. 27-56.

- 3 “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución” (art. 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789).
- 4 Se calcula que esa guerra trajo consigo una pérdida de población de entre 215.000 y 375.000 habitantes, que se añadió a la crisis producida por las epidemias de enfermedades y la hambruna desde 1808, con lo que la población española experimentó un descenso demográfico de entre 560.000 y 885.000 personas.
- 5 Para obtener una visión general acerca de las revueltas en la temprana Edad Moderna, véase la –ya clásica– obra de Pérez Zagorín, *Rebels and Rulers, 1500-1650 (I. Society, State, and Early Modern Revolution)*, Cambridge University Press, 1982; Klark, J.C.D., *Revolution and*

amenazas contra la seguridad interior y exterior del Estado. Este artículo, sin embargo, no persigue tanto ocuparse de esas conductas en general, como de analizar la respuesta del Estado contra aquéllos que de algún modo apoyaron la causa francesa durante la Guerra de la Independencia. Si la historia de España muestra cómo fueron castigados por delito de traición aquellos cuya conducta carecía de la lealtad debida a la monarquía, el delito de infidencia, al surgir en el ya mencionado contexto histórico para castigar quienes prestaron apoyo a la autoridades francesas, desapareció –casi por completo– al terminar la Guerra, con lo que esta figura delictual jamás se introdujo en ningún Código penal. De hecho, cabría afirmar que en España el antiguo régimen llegó a su término con el alzamiento del Dos de Mayo (1808), en el que el pueblo de Madrid se alzó en armas contra la ocupación de las tropas francesas, provocando una represión brutal del ejército francés y marcando el inicio de la Guerra de la Independencia⁶.

Es bien conocida la crudeza con la que el ejército francés hizo frente a la revuelta popular. Al anochecer del mismo Dos de Mayo, el Marshal Joaquim Murat, creó una comisión militar que decretó la pena de muerte para todos aquellos que, al ser capturados, dispusieran de cualquier tipo arma. Estos fueron sus términos:

The population of Madrid, led astray, has given itself to revolt and murder. French blood has flowed. It demands vengeance. All those arrested in the uprising, arms in hand, will be shot.⁷

Rebellion, Cambridge University Press, 1986; García Prado, J., *Historia del alzamiento, Guerra y Revolución de Asturias (1808-1814)*, Oviedo, 1953; en cuanto a España, véase Valdeón Baroque, J., *Revoluciones y revoluciones en la historia. Primeras Jornadas de Estudios Históricos*, Universidad de Salamanca, 1990; a partir de este epígrafe, el presente artículo es la versión castellana de mi trabajo “The Crime of *infidencia* in the Cortes of Cádiz: An Approach to the Crime of Treason during the Early Spanish Constitutionalism (1808-1814),” *Revoltens und politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert. Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse / Revolts and Political Crime from the 12th to the 19th Century. Legal Responses and Juridical-Political Discourses*, herausgegeben von Angela De Benedictis und Karl Härter unter redaktioneller Mitarbeit von Tina Hannappel und Thomas Walter (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 285), Frankfurt am Main: Klostermann 2013, pp. 447-473.

6 Para una visión panorámica de la Guerra de Independencia, véase Moral Sondobal, E., (Coord.), *España y la Revolución francesa*, Madrid, 1989; Herr, R., *An Historical Essay on Modern Spain*, New Jersey, 1971 (chapters 6 & 7); Carr, R., *Spain 1808-1939*, Oxford University Press, 1982 (chapter III); Chandler, D. G., *The Campaigns of Napoleon*, New York, Simon & Schuster, 1995; De Juana López, J., “La Guerra de la Independencia (1808-1814)”, *Historia contemporánea de España (1808-1939)* (Paredes, J., coord.), Barcelona, 1996, pp. 89-107; *La Guerra de la Independencia. Estudios* (José A. Armillas Vicente, coord.), 2 vols., Zaragoza, 2001; más específicamente, véase Esdaile, C. J., “The Breakdown of Authority in Spain, 1812-1814”, *La Guerra de la Independencia. Estudios I* (José A. Armillas Vicente, coord.), Zaragoza, 2001, pp. 35-50; Moliner Prada, A., “Pueblo y ejército en la Guerra de la Independencia”, *La Guerra de la Independencia. Estudios II* (José A. Armillas Vicente, coord.), Zaragoza, 2001, pp. 917-953; Glover, M., *The Peninsular War 1807-1814*, Penguin Books, 2003; Moliner Prada, A., (ed.), *La guerra de la independencia en España, 1808-1814*, Nabla Ediciones, 2007; Aymes, J. R., *La Guerra de la Independencia en España (1808-1814)*, Madrid, 6ª ed., 2008.

7 Cowans, J., *Modern Spain: A Documentary History*, University of Pennsylvania Press, 2003.

La población de Madrid, extraviada, se entregó a la revuelta y a la destrucción (o asesinato). Sangre francesa fue derramada. Ello exige venganza. Todos aquéllos que sean arrestados con armas en sus manos serán fusilados.

Se prohibió toda reunión pública y se decretó una orden exigiendo que toda arma debía ser entregada a las autoridades. Cientos de prisioneros fueron ejecutados al día siguiente, episodio que quedó magistralmente representado en el famoso cuadro de Goya, titulado precisamente ‘El Tres de Mayo’.

Las autoridades francesas pensaron que una represión contundente y rápida de esta revuelta les permitiría obtener el control del país. Lo cierto es que se produjo el efecto justamente contrario, fortaleciendo por tanto el espíritu de resistencia. De ahí que en las semanas siguientes el alzamiento popular madrileño se reprodujo en otras partes del territorio nacional. En cierto modo cabría afirmar que esa resistencia popular se mantuvo a la largo de toda la Guerra de la Independencia, y que la victoria final se debió –por lo menos, en parte– a la guerrilla, esto es, a un movimiento –en parte, popular– más o menos espontáneo surgido como reacción a la ocupación militar francesa⁸.

Durante la Guerra las Cortes de Cádiz promulgaron diversos decretos castigando a quienes apoyaban la causa francesa, apareciendo diversas formas de infidelidad a la patria⁹. El delito de infidencia, que abarcaba muchas de estas formas, apareció en ese preciso contexto histórico (el de la Guerra de la Independencia, 1808-1814), y se reguló para castigar a quienes prestaron algún tipo de apoyo a la causa de José Bonaparte. Se trataba, sin duda, de un grave crimen político. Al finalizar la Guerra, Fernando VII decretó duras medidas represivas contra quienes habían apoyado la causa francesa¹⁰, empleando para

8 Artola, M., “La Guerra de Guerrillas”, *Revista de Occidente* 1964 (January), pp. 16 ss.; Esdaile, C., “Heroes or villains revisited: fresh thoughts on la guerrilla”, *II Seminario Internacional sobre la Guerra de la Independencia* (Madrid, 24-26 de octubre de 1994), Madrid, 1996; Moliner Prada, A., *La guerrilla en la Guerra de la Independencia*, Madrid, 2004; Esdaile, C., *España contra Napoleón. Guerrilla, bandoleros y el mito del pueblo en armas (1808-1814)*, Madrid, 2006; Nart, J. & Abella, R., *Guerrilleros: el pueblo en armas contra Napoleón*, Madrid, 2007; Moliner Prada, A., “El fenómeno guerrillero”, *La guerra de la independencia en España, 1808-1814* (A. Moliner Prada, ed.), Nabla Ediciones, 2007; véase también la obra de Conde De Toreno (José María Queipo de Llano y Ruiz de Saravia), *Historia del levantamiento, guerra y revolución en España*, 5 vols., Madrid, 1847 (manejo la edición moderna, de Akrón, Astorga, 2008).

9 En este sentido, véase Félix José Reinoso, *Examen de los delitos de infidelidad a la patria, imputados a los españoles sometidos baxo la dominación francesa*, Burdeos, Imprenta de la viuda de Duprat, 1816 (manejo la 2ª edición, Burdeos, Juan Pinard Publishing, 1818); puede observarse una revisión perspicaz en Aguilera Santiago, I., “Notas sobre el libro de Reinoso *Delitos de infidelidad a la patria*,” *Boletín de la Biblioteca Menéndez Pelayo* (Número extraordinario en homenaje a D. Miguel Artigas), vol. I, pp. 319-386.

10 Diversas familias francesas fueron expulsadas de España; sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, la obra de Castells, I., & Moliner, A., *Crisis del Antiguo Régimen y Revolución Liberal en España (1789-1845)*, Barcelona, 2000 (en particular el capítulo 2, donde se recogen diversos textos relacionados con los ‘afrancesados’, pp. 73-79, así como el Decreto de 14 de mayo del 1814 aprobado por Fernando VII contra esos *afrancesados* dispuestos a regresar a España cuando finalizase

ello de nuevo la figura delictiva de la infidencia, crimen cuya definición y –sobre todo– contenido resultó siempre ambiguo –que no flexible– y deliberadamente confuso, pudiendo así castigarse una variada gama de conductas de supuesta deslealtad hacia la patria.

En realidad, la ambigüedad de las conductas constitutivas del crimen de traición fue una característica permanente en la tradición penal española. En esta línea, si al monarca se le consideraba como cabeza y todo el reino como su cuerpo, era –hasta cierto punto– comprensible que hubiera tantos tipos de traición como formas de atentar no sólo ya a la paz general¹¹, sino también la estabilidad del reino, tanto en su cabeza como a su cuerpo. Esto explica –por lo menos, en parte– la difícil tarea de elaborar un listado de los supuestos de traición, considerada como “tan imposible como inútil” por algún estudioso¹².

En efecto, si la noción histórica de delito resulta ya de por sí complicada, no digamos ya si de lo que se trata es de definir (o describir) concretos delitos (o grupos de delitos). Esto resulta particularmente claro en el caso del delito de traición, cuya evolución histórica resulta, por razones políticas, singularmente compleja. Es indudable que el Derecho penal es la rama jurídica más sensible y cercana a la esfera de lo político, y que no pocas veces se ha puesto al servicio de una causa política¹³. Esto es particularmente cierto en el supuesto del régimen jurídico del delito de traición, cuya compleja evolución histórica se debe precisamente a razones de índole política, como sucede con otros tipos de delitos como ‘delitos atroces’, categoría que también abarcaba variadas formas de traición¹⁴.

la Guerra de Independencia, pp. 77-79); véase también Salas Auséns, J. A., “Una consecuencia de los sitios de Zaragoza: la expulsión de los franceses en 1813,” *La Guerra de la Independencia. Estudios I* (José A. Armillas Vicente, coord.), Zaragoza, 2001, pp. 247-274.

- 11 Como es bien sabido, la paz era la idea en torno a la cual giraba el Derecho Penal de la Edad Media. Al respecto, véase Fried, J. (ed.), *Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter*, Sigmaringen 1996 (Reihe: Vorträge und Forschungen, Band 43 Herausgegeben vom Konstanzer Arbeitskreis für mittelalterliche Geschichte); respecto a España, véase Orlandis, J., “La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español [AHDE]* 15 (1944), pp. 107-161; Gibert, R., “La paz del camino en el Derecho medieval español”: *AHDE* 27-28 (1957-1958), pp. 831-852; García De Valdeavellano, L., “*Domus disrupta*. La protección jurídica del domicilio en los Derechos locales portugueses de la Alta Edad Media”, *Anales de la Universidad de Barcelona* 1943, pp. 65-72; la noción de paz tuvo una particular relevancia en el Derecho penal altomedieval; al respecto, véase Orlandis, J., “Sobre el concepto del delito en el derecho de la Alta Edad Media”: *AHDE* 16 (1945), pp. 112-192; del mismo autor, “Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media”: *AHDE* 18 (1947), pp. 61-165; López-Amo, Á., “El derecho penal español de la Baja Edad Media”: *AHDE* 26 (1956), pp. 337-367; más recientemente, Pino Abad, M., “La pérdida general de la paz durante la Alta Edad Media”, *Revista Aequitas* 4 (2014), pp. 51-81.
- 12 Iglesia Ferreirós, *Historia de la traición*, p. 137.
- 13 Tomás y Valiente, F., “El Derecho penal como instrumento de gobierno”, *Estudis* 22 (Valencia, 1996), pp. 249-262; Sbriccoli, M., *Crimen Laesae maiestatis. Il problema del reato politico alla soglia della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.
- 14 Sobre esta cuestión, véase Ramos Vázquez, I., “La represión de los delitos atroces en el Derecho Castellano de la Edad Moderna”, *Rev. estud. hist.-jurid.* 26 (Valparaíso 2004).

Según el texto de las Siete Partidas, el crimen de alta traición se cometía al matar –incluida también la mera tentativa– al rey (o cualquiera de sus representantes); al unirse a los enemigos del rey, ya por acción ya por omisión; y al incitar a otros a sublevarse contra el rey¹⁵. Este delito se castigaba con la pena de muerte y confiscación de bienes, excluyéndose el patrimonio de los bienes dotales de su cónyuge e hijas, del cual una cuarta parte podía ser heredado. Lo mismo cabe decir con respecto al bien de los acreedores anteriores a la comisión del crimen. Como puede verse, estas excepciones dejaban desprotegido a los hijos, los cuales quedaban además marcados con la nota de infamia de por vida, no pudiendo ostentar ningún cargo público ni recibir bien alguno del patrimonio sucesorio¹⁶. En este sentido, Gregorio López, en sus comentarios a las Partidas, afirmaba que la sanción jurídica debía recaer siempre sobre la línea masculina, jamás sobre la femenina, y citaba al respecto el parecer de algunos comentaristas según los cuales si la madre había sido la autora del crimen, en ese caso su hijo no debía padecer las consecuencias previstas en las Siete Partidas¹⁷.

Si bien Partidas VII, 2, 1 recogía un elenco de las diversas formas de traición, años más tarde Alfonso XI redujo esa lista a nueve, promulgándose y quedando finalmente recogido en el Ordenamiento de Alcalá 32, 5.

No se pretende aquí recoger una panorámica general del crimen de traición en la tradición jurídico-penal española, tarea llevada ya a cabo por nuestra historiografía¹⁸. No cabe decir lo mismo, sin embargo, con respecto a la infidencia, delito sobre el que no me consta, hasta la actualidad, la existencia de estudio alguno¹⁹.

15 P. VII, 2, 1.

16 P. VII, 2, 2.

17 Gregorio López, *Las Siete Partidas*, Glosse a P. VII, 2, 2, b ‘sean varones’. La pena capital con agravantes nunca, en ningún caso, debía ser aplicado al noble que había sido juzgado y declarado culpable de traición. De acuerdo con Las Partidas, no se le daría una muerte infame como castigo, arrastrándolo, forzándolo o manchándolo, en su lugar, una decapitación rápida o muerte de hambre, si se quería mostrar gran severidad (P. II, 21, 24).

18 Otero Varela, A., “El rieto en el Derecho castellano-leonés”, *Dos estudios histórico-jurídicos*, Roma-Madrid, 1955; García González, J., “Traición y alevosía en la Alta Edad Media”, *AHDE* 32 (1962), pp. 323-345; Tomás y Valiente, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid 1969; Espinosa Isach, J. M., *La traición en Castilla durante la Baja Edad Media* (extracto publicado de tesis doctoral), Valencia, 1970; Iglesia Ferreirós, A., *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*, Santiago de Compostela 1971.

19 La historiografía del Derecho Penal Español no ha atendido a esta cuestión, dejando la tesis de Tomás y Valiente como indiscutible; Baró Pazos, J., “Historiografía sobre la Codificación del Derecho penal en el siglo XIX”, *Doce Estudios de Historiografía Contemporánea*, Santander 1991, pp. 11-40; Álvarez Alonso, C., “Tendencias generales de la historiografía penal en España desde el s. XIX”, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell’Incontro di Studio (Firenze- Lucca, 25-27 maggio 1989)*. Milano, 1990, 2 vols. (vol. 34/35 de la colec. *Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*), pp. 969-984; Gacto Fernández, E., “Aproximación a la Historia del derecho penal español”, *Per la storia pensiero giuridico moderno 34/35. Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell’Incontro di Studio (Firenze- Lucca, 25-27 maggio 1989)*, Milano 1990, 2 vols. (vol. 34/35 de la colec.

Conviene aclarar, antes que nada, dos aspectos para evitar posibles malentendidos: la relación entre el delito de traición y el de infidencia, así como la relación existente entre la traición y el crimen de lesa majestad (o *crimen laesae maiestatis*). En efecto, esas relaciones merecen ser brevemente presentadas desde un principio, evitando así que afirmaciones como que ‘la conexión entre la traición/*crimen laesae maiestatis* y la infidencia resulta innegable’ puedan resultar difícilmente comprensibles o sencillamente malentendidas.

Respecto a la relación entre el delito de traición y el de infidencia, conviene señalar que si bien cualquier conducta constitutiva del delito de infidencia era una traición, no cualquier tipo de traición constituía delito de infidencia. Es más. La infidencia no constituía un elemento de la noción del delito de traición, sino un tipo específico de traición vigente en un determinado contexto histórico, el de la Guerra de la Independencia.

Respecto a la relación entre la traición y el crimen de lesa majestad, tan sólo diremos que no sería incorrecto afirmar que la infidencia constituyó un determinado tipo de traición o *crimen laesae maiestatis*, pudiéndose utilizar ambas expresiones como sinónimas, pues en el concreto marco cronológico en el que la infidencia tuvo vigencia el ordenamiento penal no recogía ninguna diferencia jurídica relevante entre traición y crimen de lesa majestad. Es cierto que algunas fuentes jurídico-penales medievales recogían la distinción entre el delito de traición (actos cometidos contra el rey y sus allegados) y aleve (traición contra otras personas, ajenas a la familia real)²⁰, así como la distinción entre la traición regia (traición contra el rey) y el crimen maiestatis (traición contra el emperador)²¹. Ahora bien, ya en Partidas VII, 2, 1 esa distinción quedó

Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno), pp. 501-530; Otero Varela, A., “Historia del Derecho criminal en Compostela”, *Dereito* 8 (nº 1), 1999, pp. 141-186; Masferrer, A., “La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico-penalísticas de carácter metodológico”, *AHDE* 71 (2001), pp. 439-471; Masferrer, A., “Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo”, *AHDE* 73 (2003), pp. 403-420; Masferrer, A., “El *ius commune* en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo”, *Studi in Onore di Manlio Bellomo*, ed. por Condorelli, O., Montanos-Ferrín, E., Pennington, K., Roma 2004, t. III, pp. 563-587; Masferrer, A., “La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas”, *Rudimentos Legales* 5 (2003), pp. 29-125.

20 Pardo Núñez, C. R., *El Aleve. Un estudio histórico sobre las fuentes normativas*, Santiago de Compostela 1984; Las *Siete Partidas* diferenciaban la alta traición de la ‘aleve’ (o pequeña traición). Se definía la alta traición como la deslealtad hacia el Rey o hacia sus señores y vasallos, y la llamaban ‘aleve’ cuando la violación se cometía contra otros. Por lo tanto, se considera que ‘aleve’ es el acto cometido por un noble cuyo objetivo es deshonorar, herir, o matar a otro noble o autoridad pública antes de retarlo: si el autor del delito no era un noble, no era posible considerarlo un ‘aleve’, a menos que se haya producido al romper una tregua.

21 Sobre el *crimen laesae maiestatis*, véase Ghisalberti, C., “Sulla teoria dei delitti di lesa maestà nel diritto commune”, *Archivio Giuridico Filippo Serafino*, 1955, pp. 100-177, en particular pp. 160-165; Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 239; sobre diversos crímenes específicos pertenecientes a la categoría de *crimen laesae maiestatis*, véase

notablemente difuminada, y los juristas de la época moderna identificaban la traición con el *crimen laesae maiestatis*, empleando ambas expresiones como sinónimas²².

3 LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA, ORIGEN Y CONTEXTO HISTÓRICO DEL DELITO DE INFIDENCIA

Las Cortes de Cádiz que se reúnen en 1810 se enfrentaron a una realidad política caracterizada primordialmente por estar presididas por la necesaria ruptura con los principios del Antiguo Régimen, voluntad que estuvo marcada constantemente por la presencia de las tropas francesas que habían invadido la Península. En efecto, el tratado de Fontainebleau de 27 de octubre de 1807 firmado entre España y Francia permitió el paso pacífico de las tropas francesas por territorio español, lo que hizo pensar a Napoleón en la posibilidad de afianzar el bloqueo continental al tiempo que eliminaba a los Borbones, hechos ambos que, en su opinión, le asegurarían el trono de Francia²³. La aparente alianza se manifestó como una ocupación militar inequívoca, lo que alarmó al rey Carlos IV y a su valido Godoy y les obligó a planificar su huida hacia Andalucía con el objeto de plantear su resistencia desde allí. Pero antes de que pudieran ejecutar sus proyectos, se vieron superados el 17 de marzo de 1808 por el motín de Aranjuez en el que el monarca fue obligado a abdicar en su hijo Fernando siendo hecho prisionero el propio Godoy.

Napoleón sabrá obtener de esta grave crisis interna de la Corona española los resultados buscados de forma que, primero vuelve a obtener la innecesaria abdicación de Carlos IV el 5 de mayo (puesto que ya había abdicado), y al día siguiente la del propio Fernando VII²⁴, quedando ambos secuestrados por el Gobierno francés²⁵.

Chiffolleau, J., Sur le crime de majesté médiéval, en: *Genèse de l'Etat Moderne et Méditerranée. Approches historique et anthropologique des pratiques et des représentations*, Roma 1993; Bazán Díaz, I., "El crimen de lesa majestad divina: brujería y superstición vasco-navarra (s. XIII-1530)", *Heresis. Revue semestrelle d'heresiologie médiévale* 29 (1988), pp. 83-108; Sarrión Gualda, J., "Encantamiento, herbolarias y hechiceras en el Fuero de Cuenca y en los de su familia", *Espacios y Fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV). Una perspectiva metodológica*, Madrid 1995, pp. 387-404.

- 22 Sobre esta cuestión, véase Iglesia Ferreirós, *Historia de la traición*, pp. 225 ss., y 234 ss., particularmente pp. 244-245.
- 23 Como reconocería Napoleón en enero de 1819 en el destierro de Santa Elena y que reflejaba el general Bertrand en los Cuadernos de Santa Elena, "la falta más grande que he cometido es la expedición de España. Me he lanzado a esta empresa por creer que era preciso echar de España a los Borbones para estar seguro en el trono de Francia" (citado por Vicente Palacio Atard, *La España del siglo XIX, 1808-1898*, Madrid 1978, p. 22).
- 24 Dichas abdicaciones aparecen recogidas en Conde de Toreno, *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, León, 2008, I, p.168.
- 25 "El sentido de los acontecimientos, cuyos aspectos más significativos hemos destacado, es evidente. Tanto los monarcas como los infantes han renunciado de manera injustificable, cualquiera que sea la teoría política a cuya luz se consideren estos acontecimientos, las prerrogativas de la Corona, y el trono de España ha quedado vacante".

Desde este momento se generan dos realidades políticas diferentes y radicalmente enfrentadas. De una parte, desde el levantamiento de mayo, se legitima una insurrección popular contra las tropas francesas que, aunque en parte fuera asumida por las propias autoridades del Antiguo Régimen, suponía la quiebra definitiva de las viejas instituciones²⁶. Así se originan en las provincias las denominadas Juntas Provinciales que, aunque nada tenían que ver con la estructura del Antiguo Régimen, se verán apoyadas y en algunos casos dirigidas por autoridades cuyo poder provenía de un monarca que en ese momento estaba secuestrado por los invasores. Y de otra, el 8 de julio de 1808 se promulgaba una Constitución española, la llamada Constitución de Bayona que era jurada por José I, hermano de Napoleón, y por los diputados españoles que habían colaborado en su redacción.

De esta manera, se originaba una doble realidad política en el territorio peninsular representada de una parte por los partidarios del Rey Fernando VII, secuestrado en Francia, y de otra por los que pretendían la instauración de una nueva dinastía que, personificada en José I y amparada por las tropas de ocupación, prometía reformar las instituciones siguiendo criterios ilustrados. La iniciativa del nuevo monarca “de España y de las Indias” no se haría esperar, pues poco después se reunía en Bayona con un grupo de notables españoles con el objeto de darles a conocer un proyecto de Constitución propuesto por el Emperador de los franceses. Después de negociar su contenido, el 6 de junio de 1808 se promulgaba siendo jurada por el nuevo monarca dos días después la que se denominaría “primera Constitución de la España contemporánea”²⁷.

La Constitución de 1808 instituía, según el parecer de Artola, tres cuerpos colegiados – el Senado, las Cortes y el Consejo de Estado – que no eran sino cámaras de registro de los proyectos de la Corona. De otra parte, tanto los miembros del Senado como los del Consejo de Estado eran de designación regia

gativas de la condición real. En la crisis más trascendental de nuestra historia moderna los monarcas, al despojarse de sus atributos han abandonado la soberanía” (Artola Gallego, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, 1975, p.123).

26 Como indica Artola, es en estos momentos cuando quiebra de manera definitiva el Antiguo Régimen. En su opinión, la restauración fernandina en 1814 fue más nominal que real pues “creará una ficción jurídica que distará mucho de ser la realidad del siglo anterior” (Artola Gallego, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, p. 165).

27 El término ‘Constitución’ aplicado al texto de 1808 es discutible si se enmarca en los principios que la Revolución francesa consideraba fundamentales para considerar constitucional un texto jurídico. Según los autores de la Declaración de 1789, no toda ley que se denomine Constitución lo es por el hecho de estar adornada de dicho apelativo. Al contrario, será Constitución toda ley suprema que organice un Estado en el caso de que se funde en dos principios básicos, la división de poderes y el reconocimiento de los derechos del hombre que entonces eran considerados sagrados e inalienables. Lo que ocurre es que hay leyes que sus autores denominan Constitución por el prestigio que este término conlleva, pero son sólo “Constituciones semánticas”, es decir, textos que no tienen de Constitución sino el nombre o la apariencia (al respecto, véase Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, p. 218).

(art.32), y los diputados de las provincias eran elegidos por un cuerpo electoral formado por los decanos de los regidores y de los curas de los pueblos más importantes (art.68), con lo que se consagraba un sistema autoritario²⁸.

El régimen que se institucionalizaba pretendía modificar la organización social con el reconocimiento de unos derechos que declaraban inviolable el domicilio particular (art.126), abolían la tortura (art.133) y eliminaban los privilegios concedidos a particulares (art.118), prometiendo además la supresión de aduanas interiores (art.116), la unidad de códigos (art.96) y la reducción de mayorazgos (art.136) así como la revisión de los fueros vascos (art.144). Se suprimían los tribunales especiales (art.98) y se preconizaba la libertad de imprenta una vez que hubieran pasado dos años de la ejecución de la Constitución (art.145).

Se trataba sin duda de una operación reformista de gran envergadura si se hubiera llevado a cabo, sobre todo teniendo en cuenta que la opinión ilustrada española había visto frustradas sus esperanzas al subir al trono Carlos IV. Pero su implantación de forma progresiva que se prometía y las graves dificultades que surgieron en el momento de la ocupación, impidieron que pudieran comenzar a advertirse siquiera los primeros frutos.

El objetivo consistía en ofrecer a los españoles, a través de un texto posibilista y aparentemente liberal, cuya naturaleza jurídica se acerca a lo que podríamos denominar carta otorgada, la aceptación del hecho de la ocupación francesa mediante la imposición de un juramento de fidelidad al nuevo monarca a cambio de la obtención a largo plazo de reformas desde hacía años previstas. La alternativa no fue absolutamente desechada, pues un sector de la población, probablemente el más ilustrado, no veía con malos ojos las transformaciones que aportaban los franceses y que garantizaba su ejército, objetivos que de otra manera nunca se verían cumplidos por una monarquía española hundida en el descrédito. Pese a todo, el texto constitucional publicado en la Gaceta de Madrid nunca se aplicaría, ya que serían los decretos de Napoleón Bonaparte (reducción de conventos, supresión del Santo Oficio, etc.) los que le sustituirían a partir de su entrada en Madrid en diciembre de 1808.

Desde este momento, cristalizará un partido, el de los afrancesados²⁹ que, partiendo de la fidelidad al nuevo monarca, José I, trataba de garantizar el orden,

28 Artola, M., *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, Madrid, 1973, p. 18.

29 Acerca de esta cuestión resulta imprescindible la obra de Artola, M., *Los afrancesados*, Madrid, 1953 (empleamos la edición de 1976). Artola no duda en indicar que “los afrancesados constituyen un partido, por cuanto su decisión de jurar a José I es la condición necesaria para alcanzar el poder y desarrollar desde él un programa específico, que los diferencia de los otros partidos que aparecen en esos años” (en clara referencia a los “absolutistas” y a los “liberales”); al respecto, véase Artola, *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, p. 19; véase también López Tabar, J., *Los famosos traidores. Los afrancesados durante la crisis del Antiguo Régimen*, Madrid, 2001; López Tabar, J., “La mirada crítica. Los afrancesados ante la Revolución española,” *Experiencia y memoria de la Revolución española (1808-1814)*, Duran López, F. &

el empleo y la situación social y económica de los optaron por apoyar un régimen monárquico que fuera capaz de conseguir las transformaciones prometidas por un despotismo ilustrado que se encontraba enfrentado, de manera inevitable, con la amenaza que suponía el hecho de que el precedente revolucionario que había experimentado el país vecino pudiera repetirse en España.

Como se ha indicado más arriba, a consecuencia de la invasión se produce un fenómeno de reacción popular que se refleja al comienzo en la creación de una serie de Juntas provinciales que nacen de manera espontánea, sin que inicialmente exista vinculación entre ellas y sin que las así generadas reconozcan una autoridad superior política o militar. Serán ellas, en consecuencia, las que protagonicen el proceso revolucionario que da comienzo en 1808 y que desembocará primero en la creación en Aranjuez el 25 de septiembre de una Junta Central que asuma la autoridad política³⁰ y, finalmente, después de las graves derrotas militares que se iniciarán en Ocaña (1809), en la creación de un Consejo de Regencia que el 30 de enero de 1810 volvía a la legalidad tradicional.

Ante la quiebra que habían sufrido las instituciones del Antiguo Régimen, se ofrecerán dos opciones enfrentadas que estarán representadas, una por José I y la Constitución de Bayona de un lado y, otra, la dirigida por el Consejo de Regencia que, unificando absolutistas y liberales, terminará cristalizando en la ruptura liberal que supusieron las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812.

Uno de los principales objetivos de las Cortes de Cádiz que se reúnen en septiembre de 1810, fue –según el parecer de Sánchez Agesta– la de ofrecer una alternativa reformista que diera respuesta adecuada a las propuestas realizadas por el rey José en su Constitución. Y para ello era preciso asumir algunos de los principios revolucionarios de 1789, revistiéndolos, si era preciso, de un ropaje antiguo³¹. De esta manera, junto a la necesidad de reconocer determinados derechos individuales (propiedad, libertad de imprenta, etc.), debieron hacer constar desde los primeros momentos principios radicales como la soberanía nacional y la división de poderes, que sin duda constituían los principales límites contra el absolutismo monárquico³². Tales reformas, complementadas

Caro Cancela, D. (eds.), Cádiz, 2011, pp. 99-119; Muriel, A., *Los afrancesados, o una cuestión de política*, París, Rougeron, 1820.

30 Los problemas de la Junta Central se partieron de que en ningún momento asumió que su poder provenía de las Juntas provinciales. Como dice Moliner Prada, “la grave contradicción de la (Junta) Central fue su mezcla de lo antiguo y lo nuevo. Sus miembros se debatían entre el pasado y el futuro, desvinculándose paulatinamente de las Juntas provinciales, su verdadero soporte. En ningún momento sus actuaciones fueron revolucionarias, todavía en una de sus primeras resoluciones utilizaba el término *vasallos* para referirse a los españoles” (Moliner Prada, A., “La España de finales del siglo XVIII y la crisis de 1808”, *La Guerra de la Independencia en España (1808-1814)*, ed. por Antonio MOLINER, Barcelona 2007, p. 67).

31 Sánchez Agesta, L., *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1956, p. 59.

32 Según se refleja en el Decreto de 24 de septiembre de 1810, en *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias*, Madrid, Imprenta Nacional,

con otras formuladas fuera del texto constitucional que hacían referencia a la disolución del régimen señorial³³, a la supresión de los gremios y a la libertad de fabricación e industria³⁴, así como a la libertad de los propietarios para el cerramiento de fincas, supusieron una transformación al menos tan relevante como la exclusivamente política.

3.1 LOS AFRANCESADOS FRENTE A ABSOLUTISTAS Y LIBERALES

Afrancesado era considerado todo aquel que, de una manera activa, hubiera favorecido la política de José I en los momentos en que las tropas napoleónicas comenzaron a ocupar el territorio español. Aunque no es una cuestión en la que los autores consultados estén de acuerdo de manera unánime, no debe entenderse afrancesado, en mi opinión, al que, pasivamente, tolerara la imposición por la fuerza de una autoridad que, como la del rey intruso según era llamado el rey francés, obligara a la sociedad a resignarse a la adopción de unas determinadas medidas de gobierno. Partiendo de esta idea, debe tenerse presente que dentro de los afrancesados podría considerarse además la existencia de grados determinados por la colaboración voluntaria con el invasor a través de la aceptación de cargos y responsabilidades o, al contrario, por la colaboración forzosa de oficiales obligados a jurar la fidelidad al nuevo monarca si deseaban mantener el empleo³⁵.

La cuestión de los afrancesados en el contexto de las Cortes de Cádiz tuvo una particular relevancia y se hizo notar en las discusiones parlamentarias desde el principio³⁶. En efecto, un análisis detenido de los debates de las Cortes refleja los sentimientos que anidaban en los diputados gaditanos hacia Francia y lo francés en general. En diciembre de 1810, por ejemplo, mientras los españoles luchaban contra la invasión francesa, los comentarios de los diputados sobre los franceses eran frecuentes, reflejando sentimientos que iban de la sospecha al odio³⁷, queja

1820, vol. I, pp. 1-3.

33 Decreto de 6 de agosto de 1811, *Colección de Decretos*, vol. I, pp. 186-193.

34 Decreto de 8 de junio de 1813, *Colección de Decretos*, vol. IV, p. 86.

35 López Tabar considera también afrancesados no sólo a los que él llama “colaboracionistas pasivos”, aunque no juraran ni obtuvieran cargos o empleos, sino también a “la masa anónima de aquellos que por permanecer en la zona ocupada por los franceses, se encontraron obligados, no tanto a colaborar como, al menos a comprometerse durante un tiempo, sin que ello significara simpatía por el ocupante, sino meramente la necesidad vital de capear el temporal” (López Tabar, J., “La España josefina y el fenómeno del afrancesamiento”, en *La guerra de la Independencia en España (1808-1814)*, ed. por Antonio MOLINER, Barcelona 2007, p. 326).

36 Sobre esta cuestión, véase Domínguez Nafra, J. C., “El trato de los afrancesados en la legislación de las Cortes de Cádiz”, *Estudios sobre Historia de la Intolerancia*, ed. by Javier ALVARADO, Madrid-Sicaria 2011, pp. 573-596.

37 Véanse, por ejemplo, algunos comentarios en contra de la política de Napoleón: DSC, Congreso, 9 Diciembre 1810, p. 153: “...infernial política de Bonaparte”; DSC, Congreso, 19 Diciembre 1810, p. 191: “...aun los mismos muertos le [a Napoleón] hacen la guerra...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 257: “El pueblo español no quiso ser francés: el pueblo

contra el despotismo francés³⁸, rechazo hacia los descendientes de franceses³⁹, explícita aversión y odio contra todo lo francés⁴⁰, conminaciones a no seguir el

conoció bien la intención de Napoleón”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 261: “Yo pido se declare que primero moriremos que dejarnos subyugar por ese infame [Napoleón]”.

- 38 DSC, Congreso, 16 Diciembre 1810, p. 168: “...el despotismo francés en los reinos de España”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 257: “...han introducido en España las preocupaciones y los errores, y ahora intentan sujetarla al despotismo”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 247: “...nación francesa”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 248: “...convertida la Península en Colonia francesa”.
- 39 DSC, Congreso, 17 Diciembre 1810, p. 182: “...excluidos los hijos de franceses...monstruos...”; DSC, Congreso, 17 Diciembre 1810, p. 183: “...hijos, nietos y biznietos de los franceses”.
- 40 DSC, Congreso, 17 Diciembre 1810, p. 183: “...indignación contra los franceses”; DSC, Congreso, 17 Diciembre 1810, p. 183: “...sangre francesa”; DSC, Congreso, 17 Diciembre 1810, p. 183: “...los franceses son los mayores enemigos del género humano, y especialmente de España”; DSC, Congreso, 18 Diciembre 1810, p. 185: “...resistir al furioso ímpetu de los franceses...”; DSC, Congreso, 19 Diciembre 1810, p. 191: “...franceses, peores que los moros...”; DSC, Congreso, 24 Diciembre 1810, p. 223: “...perfidia francesa...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 248: “...aborrecimiento a la tiranía y dominación extranjera”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 248: “...que no quede un solo francés en la Península”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 252: “...trata de sembrar la división en el Reino la perfidia francesa”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 252: “Que nada se trate con los franceses sin que primero evacuen la Península”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 252: “...una guerra eterna, no ya sólo al pérfido Napoleón y su raza, sino a toda la Francia misma y sus cobardes aliados...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 253: “...esa serpiente de Francia derramó la ponzoña de la discordia en el seno de la familia reinante”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 254: “...inmensas usurpaciones de la embrutecida y ensangrentada Francia”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 254: “¡La Francia amiga de España! ¡Qué caprichoso delirio! Desde que las dos naciones existen, han sido siempre rivales...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 254: “¡Guerra eterna, guerra de sangre y muerte contra la pérfida Francia! antes perecer mil veces que capitular con ella”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 254: “...ahogar la perfidia y altanería francesa”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 255: “...caigamos al fin, y sin poder remediarlo, en las [manos] impuras de los franceses, todavía empapadas de la inocente sangre de nuestros padres y hermanos”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 255: “...declarar eterna guerra a la Francia...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 257: “...que no hará la paz con Francia, y no cederá en esta santa guerra mientras no esté restablecido en España con entera libertad nuestro amado monarca...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 258: “...del ave de rapiña de la Francia”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 258: “... aquellos dignos españoles, como nosotros, no quieren ser esclavos de los franceses”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 258: “...el pueblo español..., perecerá antes que ser francés”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 260: “...no se excederá nunca V.M. en tomar medidas de cautela contra los franceses. Es malísima gente, Señor, abominable, diabólica”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 260: “...el carácter fraudulento y doloso de los franceses, acreditada por la experiencia de todos los siglos...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 261: “...para que vea ese monstruo que el pueblo español nunca será amigo de Francia”; DSC, Congreso, 30 Diciembre 1810, p. 264: “...nosotros peleamos con vándalos franceses, mucho más bárbaros que aquéllos”; DSC, Congreso, 30 Diciembre 1810, p. 267: “...yugo francés”; DSC, Congreso, 30 Diciembre 1810, p. 268: “...la idea de guerra eterna a la Francia, y alianza eterna con la Inglaterra”; DSC, Congreso, 30 Diciembre 1810, p. 268: “...jamás debiera hacerse la paz con Francia”, advertencia de ministro Pitt a un monarca inglés; DSC, Congreso, 30 Diciembre 1810, p. 270: “...los intereses de Francia han sido y serán eternamente que la España sea una provincia suya”; DSC, Congreso, 31 Diciembre 1810, p. 272: “...debilitada (la Fe) con la corrupción de las costumbres y máximas francesas”.

modelo francés⁴¹, el problema de los afrancesados⁴², compensaciones para quienes perjudicaran los intereses franceses⁴³, y de compasión para los españoles que tenían la desgracia de vivir en Francia⁴⁴.

Desde la perspectiva de los afrancesados, el problema radicaba en conseguir en un momento muy delicado la salvación del país, que requería de forma imperiosa unas mínimas reformas que los franceses prometían. De aquí que una parte de la población se inclinara desde los primeros momentos por apoyar a un monarca que, respetando la religión católica, prometía además progresos y libertades que iban a ser administrados con orden desde el poder.

Esta opción política, que suponía apoyar al ejército francés y a José I, estaba sustentada no sólo en el derrumbamiento de la monarquía borbónica, sino también en una influencia cultural e ideológica representada por los principios del “despotismo ilustrado”. La Ilustración partía de la idea central de que la mayoría de edad de los pueblos sólo se puede conseguir a través de una minoría de intelectuales que, en un largo proceso, logra imponer a la generalidad un pensamiento racional. Y este pensamiento no puede llegar a implantarse si no existe una dirección aristocrática y superior concededora de las “luces”. Esta enseñanza se producirá necesariamente en un clima de libertad ejercido por los filósofos sobre unos súbditos que van a convertirse en ciudadanos. El hecho de que éstos no pudieran tener la libertad que los sabios disfrutaban, no desnaturalizaba en modo alguno el carácter de la ilustración y su progreso. Al contrario, la diferencia entre la minoría ilustrada y las mayorías ignorantes garantizaba el resultado práctico de la enseñanza.

Para los ilustrados, en el logro de este conocimiento radicaba la felicidad de la población. Por tanto, desde su perspectiva, el deber que el Estado tiene como objetivo final es la consecución a toda costa de esa felicidad que es conforme con los preceptos de la razón. En este sentido se entiende la defensa a ultranza de la acumulación de un poder despótico para la consecución de esa felicidad. Por eso el lema del nuevo Estado será “razonad pero obedeced”. De aquí la división de los individuos según su dedicación: los sabios disfrutarán de una libertad

41 DSC, Congreso, 21 Diciembre 1810, p. 204: “...que no imitemos a los franceses en este denominación de Poder ejecutivo, y creo sería más conveniente que continuase el nombre de Consejo de Regencia”.

42 DSC, Congreso, 28 Diciembre 1810, p. 240: “...indulto a los afrancesados...”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 250: “En España, por desgracia, hay algunos que siguen el partido de los franceses”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 250: “...formar un partido con los españoles franceses”; DSC, Congreso, 29 Diciembre 1810, p. 252: “Temo mucha la perfidia de los franceses, la seducción de los afrancesados, el frío desaliento de los egoístas, y las instigaciones sordas de los que, atendiendo a sus intereses particulares, los hallan en contradicción con el nuevo orden de cosas que las Cortes han de introducir en el Estado”.

43 DSC, Congreso, 20 Diciembre 1810, p. 197: “... dar la propiedad de todo lo que quitasen a los franceses”.

44 DSC, Congreso, 19 Diciembre 1810, p. 193: “...infelices españoles que están en Francia”.

ilimitada, mientras que el resto de profesionales tendrán que obedecer. Esa es la razón del éxito del “despotismo ilustrado” entre los intelectuales, dedicados libremente a investigar los caminos de la razón para conseguir la suprema felicidad, mientras el resto de profesionales quedaba obligado a cumplir de manera mecánica con los preceptos establecidos.

Mas el apoyo de la monarquía absoluta a los ilustrados no hizo sino adelantar su propia agonía, pues éstos, al proponer la razón y la libertad como instrumentos de su pensamiento, suprimían el origen divino del poder y defendían la existencia de un Estado fundado en la razón que, a través de un contrato con la sociedad, delegaba la soberanía en un príncipe. El enfrentamiento entre monarquía absoluta e Ilustración resultó así inevitable, produciendo como resultado el surgimiento del liberalismo.

En España, el pensamiento ilustrado careció de la fortaleza que tuvo en Francia, donde a pesar de la inexistencia de reformas, se produjo antes de la Revolución una considerable mejora de su nivel cultural. Como para algunos la causa de dicha debilidad en España se debía en parte a la influencia de la Iglesia católica, que constituyó un freno para la recepción de la nueva cultura, el sentimiento religioso se convirtió para ellos en un serio obstáculo para la implantación de cualquier pensamiento racional. Por esta razón, no se produciría en España a lo largo de todo el siglo XVIII un pensamiento filosófico, político o teológico ilustrado; a diferencia de los escritos pragmáticos que se encuentran representados por ilustres autores desde Campomanes a Ensenada y Jovellanos⁴⁵.

Ello no fue obstáculo, sin embargo, para que las ideas ilustradas fueran penetrando muy lentamente en las capas intelectuales de la sociedad de la época, incluso a pesar de la barrera que supuso la Inquisición. Se trató inicialmente de una influencia muy reducida, limitada no sólo por los problemas que imponía el desconocimiento del idioma sino, sobre todo, por las violencias conocidas que se habían causado en el vecino país. Por estas razones, sólo minorías muy reducidas decidieron abrazar la causa francesa a comienzos del siglo XIX.

Los primeros liberales fueron, pues, los afrancesados, ya que sin saberlo, defendieron una parte de las reformas que luego serían asumidas por los que finalmente se autodenominaron como liberales y patriotas sin serlo en verdad pues, como indica acertadamente Gregorio Marañón, los hombres de las Cortes de Cádiz “no eran en verdad liberales, como no lo han sido, salvo excepciones, los que desde entonces se han llamado así, no sólo en España, sino en toda Europa”. Estos falsos liberales, continúa este autor, “eran casi todos ellos jacobinos, esto es, la representación de la máxima y de la más funesta superchería del liberalismo”⁴⁶.

45 En este sentido, véase Artola, *Los afrancesados*, p. 33.

46 Marañón, G., “Prólogo” a la citada obra de Artola, *Los afrancesados*, p. 17.

Como ya se ha indicado, será la invasión francesa la que promueva de una parte la oposición entre los absolutistas, defensores del Antiguo Régimen y de los Borbones, y los liberales, que abocarán, de otra, a la defensa del territorio español invadido por tropas extranjeras. Así se generaba una alianza contradictoria que dará sus frutos hasta el momento en que el rey Fernando VII pretenda hacer valer sus derechos en 1814. Frente a estos dos aliados coyunturales, aparecerán a lo largo de estos años, los afrancesados, representantes de la política de reformas y, al tiempo, partidarios del “rey intruso”. De ahí que tanto los absolutistas como los liberales los consideraran traidores, los primeros porque habían dado la espalda a la monarquía legítima, y los segundos porque se habían enfrentado a la nación española.

3.2 JURAMENTADOS Y AFRANCESADOS

Uno de los problemas fundamentales del rey José I en España fue la necesidad de generar un grado de confianza en la población, pues las tropas que le acompañaban en ningún caso podían atraer apoyos en aquellas villas y ciudades que inicialmente fueron ocupadas pacíficamente. Con el objeto de asegurar la fidelidad de aquellos españoles que como empleados iban a servirle, estableció el nuevo monarca la exigencia de que prestaran un juramento conforme a la Constitución de Bayona⁴⁷. De esta manera, nace un grupo político dentro del nuevo régimen que recibirá la denominación de juramentados, diferenciándose de los afrancesados en que éstos se mostrarían partidarios activos de los franceses pero sin llegar a prestar el juramento.

Tanto los motivos de los unos como los de los otros, según ha demostrado Artola, no tuvieron que ver con intereses económicos pues, muy al contrario, puede afirmarse que en ningún caso su posición política estuvo condicionada

47 “Los pueblos de las Españas y de las Indias prestarán juramento al rey en esta forma: ‘Juro fidelidad y obediencia al rey, a la Constitución y a las leyes’” (Art. 7 de la Constitución de Bayona de 6 de junio de 1808, en *Prontuario de las Leyes y Decretos del Rey Nuestro Señor José Napoleón I desde el año 1808*, Madrid, Imprenta Nacional, 1810, vol. I). En desarrollo de esta norma José I determinó: “Los empleados de cualquier ramo que sea y todos los que gocen sueldo o pensión de nuestro tesoro público, que deben prestarnos el juramento de fidelidad que la Constitución prescribe, cesarán de percibir este sueldo o pensión ínterin no exista en la secretaría del ministro a quien corresponda, el acto de este juramento” (Real decreto de 1 de octubre de 1808, *ibidem*). Norma que, ante los incumplimientos debería ser reiterada el 1809 con una mayor precisión: “art.1: Todos los magistrados del reino, todos los empleados en cualquier ramo de la Administración, que en calidad de tales o individualmente no hubieren prestado el juramento de fidelidad y obediencia a nuestra persona, a la Constitución y a las leyes, lo ejecutarán por escrito en el término de tercer día, después de la publicación en los parajes en que se hallen; art. 2: Los jefes principales serán los que remitan a los respectivos ministerios los citados juramentos, expresando los que no lo hubiesen hecho, y ellos acompañarán igualmente el suyo dentro del término citado; art.3: Aquellos que no hiciesen el citado juramento serán considerados como que han hecho dimisión de sus empleos o cargos” (Real Decreto de 15 de febrero de 1809, *ibidem*).

por la delicada situación en la que se hallaba el país⁴⁸. Por tanto, los partidarios del rey José asumieron su enfrentamiento con los absolutistas fernandinos y defendieron que las ideas que exhibían los liberales no hacían sino plantear una transformación política utópica e irrealizable que sólo conduciría a la disgregación de España y a la pérdida de sus colonias americanas⁴⁹.

Partían de la defensa de la nueva monarquía constitucional en contra de la absoluta que habían representado Carlos IV y Fernando VII en el colmo de su degradación. Mantenían la necesidad de respetar el principio de autoridad bajo el nuevo orden establecido y se mostraban firmes partidarios de llevar a cabo las reformas prometidas pues, en su opinión, sólo de esta manera se podría alcanzar una administración pública eficiente dentro de un clima de libertad.

El programa reformista era completado por el respeto a la religión católica, la integridad territorial y la independencia del país. Sin embargo, estos ambiciosos objetivos serían difíciles de llevar a buen término por el nuevo monarca que, nada más llegar a su reino, se encontró con la insurrección de regiones que como Andalucía, Aragón, Valencia o Cataluña se negaron a reconocer al nuevo soberano. En suma, para los partidarios del nuevo rey los problemas se multiplicaban al tener que enfrentarse con las dificultades que ofrecía un pueblo que se oponía a la nueva dinastía, un clima bélico insufrible, la oposición a cualquier reforma que viniera de sus manos y, en definitiva, al aislamiento financiero en el que se hallaron en un país arruinado.

Sin embargo, a pesar de las apariencias, las ideas de los afrancesados no se someterán de forma mecánica a la voluntad del Emperador Bonaparte. La pretensión de éste partía de que los gastos ocasionados por la guerra debían ser satisfechos en su totalidad por la misma guerra y que, en caso de tener que soportar las finanzas de la intervención, como de hecho ocurrió, José I debería estar a la orden de los generales franceses. Los afrancesados, por el contrario, se mostraron opuestos a dicha dependencia y solicitaron que el rey, aunque hermano del Emperador, actuara con sus ministros españoles con independencia de aquél, pretensión que generaba constantes contradicciones⁵⁰.

4 LOS LIBERALES Y LA FORMULACIÓN DEL DELITO DE INFI-DENCIA

Los liberales no apreciaron tales matices, pues encontraban que tanto los juramentados como los afrancesados, por su apoyo a los invasores, habían incurrido en un delito de traición a la patria.

48 Artola, *Los afrancesados*, p. 59.

49 Al respecto, véase Domínguez Nafría, J. C., “La América española y Napoleón en el Estatuto de Bayona”, *Revista Internacional de los Estudios Vascos. Cuadernos* 4 (2009), pp. 315-346.

50 Según indica Artola “la historia de estos años no es más que la descripción de este antagonismo” (Artola, *Los afrancesados*, p. 131).

En consecuencia, según el parecer mayoritario de los diputados gaditanos, la norma que resultaba de inmediata aplicación al delito era la establecida en la ley de Partidas donde la equipara al “crimen de lesa majestad” que “tanto quiere decir en romance como yerro de traición que faze ome contra la persona del Rey” (P. VII, 2, 1), castigándolo con la pena de muerte y la expropiación de los bienes del traidor, quedando sus hijos infamados a perpetuidad⁵¹.

Sin embargo, el desarrollo de los acontecimientos no iba a facilitar la aplicación mecánica de tal norma porque algunos de los elementos del tipo delictivo eran vagos y la pena prevista era particularmente severa. En octubre de 1810 las Cortes generales y extraordinarias ordenaron al Consejo Real la presentación de un Reglamento para sustanciar y fallar los delitos de infidencia, término éste con el que se empezó a designar la traición en este contexto histórico⁵². En su redacción el Consejo tuvo presente el Reglamento aprobado por la Junta Central para el Tribunal extraordinario y temporal de vigilancia y protección de 26 de octubre de 1808. Este Reglamento tenía como objetivo la persecución, descubrimiento y castigo de los miembros “del partido francés o de sus protectores”. Según su articulado, las causas de infidencia debían sustanciarse con arreglo a las leyes del reino (arts. I a VIII) que no eran otras que aquellas que regulaban el delito de traición.

De otra parte, las pretensiones revolucionarias de los liberales reunidos en Cádiz promovieron que una de las primeras medidas adoptadas por las Cortes generales y extraordinarias reunidas en esa ciudad el año 1810, fue la de decretar un indulto civil y otro militar que señalaran el acontecimiento de su instalación “con una demostración de clemencia a favor de los súbditos españoles”. En ambos textos no se mencionaban expresamente delitos que quedaran exceptuados del citado beneficio, como podrían considerarse los de traición o infidencia⁵³. Esto engendró importantes discusiones en el Congreso que enfrentaba a los partidarios de la benevolencia con los que no estaban dispuestos a perdonar a los colaboracionistas.

Este enfrentamiento no dejaría de producirse durante estos primeros años ante cualquier proyecto que fuera sometido al Congreso, surgiendo constantemente la necesidad de sancionar a los españoles que, tolerantes con los

51 Sin embargo, los diputados, según señala Reinoso en su *Examen de los delitos de infidelidad a la patria*, pp. 328 ss., se equivocaron al señalar esa ley de Partidas como derecho aplicable, pues no era esa sino la del Ordenamiento de Alcalá 32, 5.

52 Téngase en cuenta que el delito de *infidencia* estaba ya en vigor en la legislación militar española desde el siglo XVIII, es decir, en las ordenanzas reales para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de su ejército, de 22 de octubre de 1768, VII, III, art. 4.4 (‘Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos’, conocidas como ‘Reales Ordenanzas de Carlos III’).

53 Art. VII del Decreto de 21 de noviembre de 1810 (*Colección de Decretos*, vol. I, pp. 20-24), en el que se aprueba el indulto militar; y decreto de 30 de noviembre de 1810 (*Colección de Decretos*, vol. I, pp. 28-30) en el que se aprueba el indulto civil.

franceses invasores, incurrieron en lo que se consideraba un delito de traición a la nación. Así ocurrió en las primeras reuniones celebradas en Cádiz, cuando la ciudad, rodeada por las tropas francesas, trataba de ordenar una resistencia que debía ir unida indefectiblemente a la estructuración de un nuevo Estado.

El pensamiento de los congresistas partía de la idea inicial de suprimir de raíz las jurisdicciones privilegiadas, como residuo de un sistema de justicia anquilosado y superado por los acontecimientos. Pretensión que se enfrentaba a la normativa establecida durante el reinado de Carlos III en las “Reales ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos” de 1768 y por las cuales el conocimiento de las causas de traición quedaba sujeto a la jurisdicción militar⁵⁴.

Por esta razón, las Cortes generales y extraordinarias aprobaron un decreto de 18 de febrero de 1811 en el que se ordenó que fueran las Audiencias territoriales los órganos de justicia idóneos para conocer “en todos los negocios que les competen según las leyes, y el privativo que les corresponde de infidencia, con exclusión de todo fuero privilegiado”⁵⁵. Norma que se completaba con una Orden de 13 de mayo del mismo año en la que se prescribía la pronta puesta en libertad de los presos de los que no se supiera el juez que los prendió, a menos que después se les hubiera formado causa “o sean presos por sospechas de infidencia”⁵⁶.

Esta iniciativa originó una importante acumulación de causas de infidencia en la Audiencia de Sevilla, razón que promovió una solicitud al Congreso de los diputados el 11 de agosto para que, de manera inmediata, se aumentara el número de ministros de justicia e incluso se autorizara a los jueces naturales de los reos a conocer de las citadas causas⁵⁷. Lo que debió ser resuelto en una orden

54 ‘Reales ordenanzas para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos’ de 22 de octubre de 1768, citado en la nota al pie n. 48.

55 Art. 1 del Decreto de 18 de febrero de 1811 (*Colección de Decretos*, vol. I, pp. 76-79): “La Audiencia de Sevilla y demás de la Monarquía española en ambos hemisferios ejercerán libremente las funciones de su jurisdicción en todos los negocios y causas que les competen según las leyes, y el privativo que les corresponde de infidencia, con exclusión de todo fuero privilegiado. En consecuencia los Tribunales privilegiados no se entrometerán en el conocimiento de semejantes crímenes, y remitirán a las Audiencias de su respectivo distrito las causas de esta naturaleza en que estuvieran entendiendo”; al respecto, véase también DSC, Congreso, n. 93, 28 de diciembre de 1810, p. 240.

56 Orden de 13 de mayo de 1811: “I. Se prescribe poner en libertad a todas las personas presas de las que no se sabe el Juez que las prendió, ni se les haya formado causa, a menos que posteriormente se les haya formado, o sean presos por sospechas de infidencia, o de otro delito, y no hayan desvanecido los indicios que resultaban contra ellos (...)”; unos días antes, y a fin de poner remedio al excesivo número de personas que por ese motivo entraron en prisión, la Comisión de Justicia también elaboró un informe en el que se recomendaba precisamente su excarcelación exceptuando los sospechosos de infidencia o de cualquier otro crimen, en cuyo caso los procesos deberían tramitarse diligentemente (DSC, Congreso, n. 218, 7 de mayo de 1811, p. 1033).

57 Se pasa a la Comisión de Justicia para que dé su dictamen sobre una representación de la misma Audiencia (de Sevilla) en la que “en vista de los inconvenientes y dificultades que por las

de 14 de julio y un decreto de 25 de agosto de ese año que pretendían agilizar el proceso que se había emprendido, autorizando tanto a los jueces ordinarios como a los militares la instrucción sumaria de causas tan problemáticas con el objeto de que las mismas fueran conocidas por las audiencias⁵⁸.

La persecución de los partidarios del intruso, si bien tuvo éxitos locales, chocó enseguida con una organización judicial que adolecía de los fundamentos que hubieran deseado las constituyentes y, en particular, del respeto escrupuloso al principio de legalidad. De aquí que el propio Ministerio de Gracia y Justicia tuviera que recomendar “circunspección y delicadeza” a la hora de calificar los delitos de infidencia, en especial en todos aquellos pueblos que eran abandonados por las tropas francesas⁵⁹. La tendencia generalizada fue la de acusar de traición a la patria a todos aquellos que, durante la ocupación, no hubieran resistido de manera activa al ejército invasor o hubieran mostrado una cierta connivencia con sus soldados, lo que promovió una abundancia de denuncias y detenciones que superaban las previsiones.

La administración de justicia pasaba sin duda por una situación caótica promovida en buena medida por la guerra, razón por la que la comisión de Justicia del Congreso propuso, como una medida que se entendía primordial, el nombramiento de una “comisión especial suprema de justicia” que para sólo este caso reasumiera la autoridad judicial y llevara a cabo una visita de todas las causas criminales de notorio atraso pendientes en los tribunales y juzgados civiles y militares de Cádiz y la isla de León, procediendo en ello con absoluta publicidad, dando cuenta al Congreso del resultado en sesión pública⁶⁰.

circunstancias hallaba (el tribunal) en la sustanciación de causas de infidencia de reos que se le remitían de varias partes en virtud del soberano decreto de 18 de febrero próximo pasado, que se declarase que los jueces ordinarios naturales de los reos no eran inhibidos del conocimiento de las causas de infidencia” (DSC, 11 de agosto de 1811, p. 1618; empleamos la segunda edición del *Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias*, Imprenta J.A. García, Madrid, 1870).

58 Orden de 14 de julio de 1811 (*Colección de Decretos*, vol. I, p. 77): “Por la qual se manda a las Audiencias procedan con actividad en las causas de infidencia, sin necesidad de consultar las sentencias de muerte. Las Cortes generales y extraordinarias han resuelto que el Consejo de Regencia prevenga a las Audiencias de la Península, que procedan en las causas de infidencia con la brevedad posible, castigando a los reos sin dilación alguna y sin necesidad de consultar las sentencias de muerte, en uso de las facultades que las competen por las leyes”.

Decreto de 25 de agosto de 1811 (*Colección de Decretos*, vol. I, p. 205): “Las Cortes generales y extraordinarias, desando remover los obstáculos que impiden la pronta administración de justicia, han resuelto que en las causas de infidencia, cuyo conocimiento toca a las Audiencias territoriales, con exclusión de todo fuero privilegiado, las aprehensiones de los reos, ya sean jueces ordinarios, ya militares, que prevengan en ellas, hagan y completen el sumario a la mayor brevedad, y verificado, lo remitan sin pérdida de tiempo con el reo o reos a las Audiencias territoriales”.

59 Dado el desarreglo en el que se encontraban los tribunales, el Ministerio de Gracia y Justicia manifiesta la necesidad de “proceder con mucha circunspección y delicadeza en calificar los delitos de infidencia en los pueblos que evacuaban los enemigos” (DSC, 31 de agosto de 1811, p. 1736).

60 Dictamen de la comisión de Justicia del Congreso de los diputados (DSC, 7 de mayo de 1811,

Aceptada la comisión citada, a la par se propuso la redacción de un Reglamento de policía que fuese capaz de ordenar la vida de la ciudad; medida discutible a la que se opusieron algunos diputados en el sentimiento de que dicha fórmula sólo podía servir para suprimir las libertades conquistadas y servir con ello a los enemigos de la nación.

Algunos diputados como Dou y Bassols intervinieron en defensa de la utilidad de dicho Reglamento a pesar de las complejas condiciones particulares en que debía aplicarse y aunque en él se estableciera una nueva autoridad, la del superintendente: “las leyes hablan de traidores y enemigos, cuando estos son conocidos en un estado regular de las cosas”, dijo este diputado al razonar sobre la necesidad de la nueva norma; “mas en el día es muy diferente el caso porque los amigos están mezclados con los enemigos, los nacionales con los extranjeros (...). ¿No está mandado por V.M. que en punto de infidencia conozcan con exclusión de todo fuero las Audiencias? ¿No apoya esto mismo el Consejo en este Reglamento? Prescindo de cada uno de sus capítulos (...), de lo que no debo prescindir es de si no se quiere Reglamento de policía, nadie venga a llorar y quejarse de infidencias en el Congreso, y que si tuviese fundamento o sospechas, vaya al gobernador de Cádiz a dar parte de lo que convenga”.

La oposición al Reglamento y a la creación del mencionado superintendente la protagonizó el diputado Borrull cuando indicó que las leyes recopiladas ya prevenían que de tales cuestiones se ocuparan los gobernadores y corregidores, indicando además que, según las normas dictadas por Carlos III y Carlos IV, “nadie es más a propósito (que ellos) para conocer de las causas de infidencia”⁶¹.

Los debates parlamentarios reflejan la diversidad de pareceres entre los diputados gaditanos. Aunque compartían el parecer según el cual los casos de infidencia debían ser juzgados por las Audiencias, en vez de confiarlos a otras instituciones políticas (tribunales militares o comités especiales)⁶², solicitaron un informe a la Comisión de Justicia del Congreso, preguntando si las Ordenanzas de Carlos III que prescribían los casos militares de infidencia que debían ser conocidos por los tribunales militares debían considerarse suprimidas o no⁶³.

Unos meses más tarde, las Cortes propusieron la adopción de otro decreto que vino a introducir una excepción a la regla general según la cual los casos de infidencia debían ser juzgados por las Audiencias. En efecto, los supuestos de “infidencia por espías y demás que atacan directamente los medios de defensa”

pp. 1029-1036).

61 Intervenciones de los diputados por Cataluña y Valencia Dou y Bassols, y Borrull en DSC, 22 de julio de 1811, pp. 1493-1496.

62 Véase, por ejemplo, DSC, Congreso, n. 207, 26 April 1811, p. 939; DSC, Congreso, n. 218, 7 mayo 1811, p. 1032.

63 DSC, Congreso, n. 219, 8 mayo 1811, pp. 1038-1039.

debían ser conocidos por la jurisdicción militar, conforme a la regulación de las –ya citadas– Ordenanzas generales del ejército⁶⁴.

Los diputados mostraban preocupación por el derecho aplicable en los casos de infidencia. Mientras a algunos les molestaba la escasa precisión de la definición legal de infidencia, máxime cuando en no pocas leyes se hacía referencia expresa a esta conducta delictiva con que se describía, a otros les parecía que ese concepto era tan claro que no requería de clarificación alguna⁶⁵. Por otra parte, la mayoría sostenía que, teniendo en cuenta que los casos de traición regulados en Partidas (P. VII, 2, 1) no podían ser aplicados de una manera literal o estricta (pues, de lo contrario, muchos resultarían condenados)⁶⁶, era conveniente promulgar un Reglamento que prescribiera los supuestos específicos que debían ser perseguidos y castigados penalmente.

La conveniencia de promulgar ese Reglamento aparece de continuo en los debates parlamentarios⁶⁷. No hay duda de que ese documento fue redactado y de que se dejó una copia para su consulta por parte de los diputados⁶⁸, de que se leyó en una sesión⁶⁹, y de que la Comisión de Justicia elaboró un informe sobre su contenido⁷⁰. Algunos diputados mostraron su malestar por demorarse tanto la redacción de ese Reglamento⁷¹, y una vez ya redactado, por la falta de diligencia en su impresión⁷². Desconocemos si finalmente fue publicado o no. Lo que sí está claro es que tal Reglamento jamás llegó a ser aprobado⁷³.

64 “Se hace pública una minuta de decreto acerca de los delitos de infidencia por espías y demás que atacan directamente los medios de defensa, e inutilizan los esfuerzos de nuestras armas en los ejércitos y plazas, sea privativo, como lo ha sido hasta aquí de la jurisdicción militar, en el modo y forma presente en las Ordenanzas generales del ejército (...) no obstante los decretos de 18 de febrero y 25 de agosto del corriente año que sujetaron a las Audiencias territoriales, con exclusión de todo fuero privilegiado el conocimiento de los delitos de infidencia, en los cuales no fue el ánimo del Congreso comprender el expresado en este decreto” (DSC, 6 de octubre de 1811, p. 1998; redacción que quedó recogida literalmente por el Decreto de 6 de octubre de 1811, *Colección de Decretos*, vol. II, pp. 12-13); véase también DSC, Congreso, n. 631, 12 de agosto de 1812, p. 3529.

65 Esta querrela puede encontrarse, por ejemplo, en DSC, Congreso, n. 82, 17 diciembre 1810, p. 182.

66 DSC, Congreso, n. 150, 26 febrero 1811, p. 588; DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1363-1364; DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1366-1367.

67 DSC, Congreso, n. 111, 15 enero 1811, p. 373; DSC, Congreso, n. 160, 8 marzo 1811, p. 649; DSC, Congreso, n. 198, 17 abril 1811, p. 882; DSC, Congreso, n. 237, 26 mayo 1811, pp. 1128-1129; DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1363-1364; DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1366-1367; DSC, Congreso, n. 291, 20 julio 1811, p. 1473; DSC, Congreso, n. 333, 31 agosto 1811, p. 1736.

68 DSC, Congreso, n. 291, 20 julio 1811, p. 1474.

69 DSC, Congreso, n. 290, 19 julio 1811, pp. 1470-1471.

70 DSC, Congreso, n. 289, 18 julio 1811, p. 1465.

71 DSC, Congreso, n. 391, 28 octubre 1811, p. 2166.

72 DSC, Congreso, n. 392, 29 octubre 1811, p. 2170.

73 Después de buscarlo, utilizando una considerable variedad de fuentes, por desgracia no hemos podido encontrarlo. Además, no se han encontrado más referencias a la ley en los debates del Parlamento desde noviembre de 1811 en adelante. El asunto resurgió unos días antes de la promulgación de la Constitución de Cádiz y algunos diputados señalaron que preferían dejar la regulación de *infidencia* como en la redacción del momento (en Las Partidas), en lugar de

Otro hecho incontestable es que muchos sospechosos de infidencia fueron encarcelados⁷⁴, y aunque nadie ponía en duda que correspondía a las Audiencias el enjuiciamiento de esos casos, esos tribunales no parecían tener claro cómo tratar o tramitar esos casos, por lo que, acumulándose,⁷⁵ muchos acusados podían permanecer en prisión largas temporadas antes de ser juzgados o puestos en libertad⁷⁶. Además, no pocas acusaciones de infidencia se hacían por venganza u otros motivos personales⁷⁷, sin duda ajenos a un sincero sentido de lealtad a la nación.

Una vez promulgada la Constitución de Cádiz (19 de marzo de 1812), la principal preocupación de los diputados era cómo perseguir y castigar a los infidentes de una manera conforme con el nuevo marco constitucional o, si se prefiere, con arreglo al principio de legalidad⁷⁸. Cinco meses después, se redactó y discutió en Cortes un informe analizando precisamente el impacto del texto constitucional en la regulación de la infidencia⁷⁹.

En efecto, la persecución y castigo de la infidencia dentro del nuevo marco constitucional trajo consigo varias reformas encaminadas a garantizar el principio de presunción de inocencia y el respeto de los procedimientos legales establecidos, al tiempo que no debían imponerse aquellas penas que habían sido suprimidas por el texto constitucional gaditano (en particular, la confiscación de bienes).

La cuestión más compleja fue, sin duda alguna, la relativa a la garantía de la presunción de inocencia, cuestión que, de hecho, ya había suscitado una notable controversia con anterioridad a la aprobación del texto constitucional. Como se dijo, algunos diputados afirmaban que si la legislación vigente se

seguir adelante con la aprobación de la ordenanza. (DSC, Congreso, n. 510, 4 marzo 1812, pp. 2857-2864), y parece que esta posición tuvo cierto éxito eventual.

74 DSC, Congreso, n. 839, 1 mayo 1813, p. 5153.

75 DSC, Congreso, n. 287, 16 julio 1811, p. 1457.

76 Esto explica los comentarios animando a procesar con la mayor diligencia posible a aquellos que fueron encarcelados: DSC, Congreso, n. 218, 7 mayo 1811, p. 1033; una Orden de mayo de 1811 prescribe la temprana liberación de presos cuya medida había sido tomada por jueces desconocidos, a menos que la causa se hubiese iniciado “o fueran encarcelados con sospecha de *infidencia*.” (Orden de mayo de 1811, I: “Se os ha prescrito para liberar a todos los presos de los cuales se desconoce el juez que los atrapó, así como a aquellos cuya causa no se hubiese formado, a menos que se formase más tarde, o estén encarcelados bajo sospecha de *infidencia*, u otro delito, y las sospechas sobre ellos no hubiesen desaparecido ...”); un acusado podía pasar varios meses en prisión antes de ser juzgado (DSC, Congreso, n. 223, 12 mayo 1811, pp. 1062); véase también DSC, Congreso, n. 239, 28 mayo 1811, p. 1141.

77 DSC, Congreso, n. 884, 16 junio 1813, p. 5496; DSC, Congreso, n. 890, 23 junio 1813, p. 5545; DSC, Congreso, n. 897, 5 julio 1813, pp. 5611, 5616, 5617, 5619; quizás por esta razón, diversas acusaciones de infidencia eran anónimas (véase, por ejemplo, DSC, Congreso, n. 154, 2 marzo 1811, p. 154).

78 DSC, Congreso, n. 586, 10 junio 1812, pp. 3294-3301.

79 DSC, Congreso, n. 616, 22 julio 1812, pp. 3459-3463.

aplicara de manera estricta, mucho serían condenados como infidentes⁸⁰. Las sospechas de traición se extendieron por todo el territorio peninsular, no sólo en la parte patriótica. El origen de esos generalizados sentimientos de sospecha contra quienes habían prestado apoyo a la causa francesa se encontraba en la legislación de José Bonaparte, en la que se obligaba a los habitantes de los territorios bajo su control el juramento de la Constitución de Bayona (1808).

En efecto, en octubre de 1808 se aprobó un decreto por el que los oficiales eran obligados a jurar fidelidad si querían mantener sus oficios y salarios⁸¹. Como ese decreto apenas surgió efecto entre los oficiales, quienes siguieron ejerciendo su cargo público sin prestar el prescrito juramento, se aprobó otro decreto con el mismo propósito, pero en el que se añadía que quienes omitieran el juramento de lealtad serían considerados “como si hubieran renunciado a sus puestos”⁸². Todo parece indicar que algunos tomaron la dolorosa decisión de abandonar sus puestos, lo que propició la aprobación de otro decreto encareciendo a los oficiales –tanto civiles como eclesiásticos– a regresar a sus puestos, bajo la amenaza de perderlos definitivamente y ser inhabilitados para la obtención de cualquier otro, así como ver confiscados todos sus bienes⁸³. La declaración de juramento quedó legalmente establecida tanto para cargos civiles⁸⁴ como eclesiásticos⁸⁵. Además, el juramento de fidelidad a la Constitución de Bayona se exigía también a cualquier ciudadano que residiera en las ciudades y villas bajo el dominio francés.

Esta legislación, bien conocida por los liberales, explica –por lo menos, en parte– el sentimiento de desconfianza hacia todos aquellos que habían vivido en territorio bajo dominio francés, así como la sospecha que se cernía sobre todos aquellos españoles sobre los que se suponía que habían prestado el prescrito juramento de fidelidad a los enemigos de la patria española. Ese sentimiento de desconfianza o resentimiento resultaba más acentuado con aquellos que hubieran ejercido algún cargo en el territorio de dominio francés, pues se entendía que con su ejercicio profesional contribuyeron de un modo particular a la causa francesa. Esa generalizada desconfianza, sospecha y resentimiento contra quienes tuvieron la desdicha de vivir en territorio bajo control francés no parecía ser conforme con el principio de presunción de inocencia, según el cual

80 véase la nota n. 66.

81 Decreto 1 octubre 1808 (“Para que los empleados y todos los que tengan sueldo ó pensión del tesoro público cesen de percibirlo hasta que conste haber hecho juramento de fidelidad”), en: *Prontuario de las Leyes y Decretos* (nota al pie n. 43), vol. I, p. 55.

82 Art. III del Decreto 16 febrero 1809 (“Para que todos los empleados presten el juramento de fidelidad y obediencia”), *Prontuario de las Leyes y Decretos* (nota al pie n. 43), pp. 107-108.

83 Decreto 1 mayo 1809, *Prontuario de las Leyes y Decretos* (nota al pie n. 43), pp. 168-170.

84 Decreto 2 mayo 1809 (“En el que se fija la fórmula del juramento que deben prestar los empleados públicos”), *Prontuario de las Leyes y Decretos* (nota al pie n. 43), p. 178.

85 Decreto 7 julio 1809, *Prontuario de las Leyes y Decretos* (nota al pie n. 43), pp. 193-194.

no cabe dar por criminal a quien no ha sido juzgado y condenado por la comisión de una conducta delictiva legalmente establecida. Sin embargo, no todos los liberales razonaban de este modo. De hecho, los debates parlamentarios recogen variadas opiniones a este respecto.

Aunque nadie ponía en duda que prestar juramento de modo forzoso o coaccionado no podía constituir la conducta delictiva de infidencia, ese juramento, pese a no haber sido prestado libremente, producía una señal o mancha que requería ser limpiada merced a un procedimiento de ‘Purificación’⁸⁶, por el cual el sospechoso era investigado sobre los motivos que le habían llevado a prestar tal desleal juramento, cargando sobre él la prueba de su propia inocencia. Así las cosas, algunos diputados estimaron oportuno recordar a los demás miembros de las Cortes que “no todos aquellos que residen con los franceses son malos”⁸⁷. Como ya se ha dicho, la cuestión se presentaba particularmente grave en el caso de los empleados públicos, materia sobre la cual los diputados se enzarzaron más de una vez en acaloradas discusiones, tal como muestran los debates parlamentarios. El tema fundamental era cómo debía tratarse a los empleados públicos que, habiendo vivido en territorio bajo dominio francés, no habían abandonado sus empleos, trabajando en una administración al servicio del Gobierno de José I.

Una opción o corriente de opinión, no compartida –ni mucho menos– por todos, mantenía que se les debía tratar como sospechosos de infidencia o como infidentes. Quienes así pensaban, se lamentaban del trato excesivamente benigno prodigado a esos ‘infidentes’⁸⁸.

Otros diputados, por el contrario, pusieron de manifiesto que no debía confundirse el delito de infidencia con la falta de ardor patriótico o con un cierto grado de negligencia, ni con el hecho de haber sido inhabilitado para el ejercicio de la función pública por haber mantenido su empleo –y habiéndolo desempeñado– bajo el Gobierno francés⁸⁹. En este sentido, el diputado Llanera sostenía que el Derecho exigía que todo ciudadano fuera tratado correctamente hasta que la conducta delictiva constitutiva de infidencia hubiera sido probada⁹⁰.

Ahora bien, la cuestión relevante era si el juramento prestado por los empleados públicos constituía por sí mismo el delito de infidencia o no. La mayoría mantenían que, si bien el soldado que abandonaba su puesto para unirse a las filas de las tropas enemigas era una clara conducta constitutiva de traición o infidencia, no cabía decir lo mismo respecto al empleado que había prestado

86 DSC, Congreso, n. 834, 26 abril 1813, pp. 5117-5118.

87 DSC, Congreso, n. 216, 5 mayo 1811, p. 1014.

88 DSC, Congreso, n. 269, 28 junio 1811, pp. 1352.

89 DSC, Congreso, n. 257, 16 junio 1811, pp. 1270-1271; DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1364-1365.

90 DSC, Congreso, n. 260, 19 junio 1811, pp. 1284.

juramento con la finalidad de mantener su puesto de trabajo⁹¹. En consecuencia, aunque podían ser privados de sus empleos públicos cuando el territorio volvía al dominio nacional⁹², tales empleados no podían –ni debían– ser considerados como infidentes⁹³. En esta línea, el diputado José Martínez afirmaba que era sumamente conveniente distinguir entre quienes habían cometido infidencia, los empleados públicos que habían prestado juramento, y el resto de la población que –de manera forzosa– había jurado fidelidad⁹⁴.

Otros discrepaban por completo con este punto de vista, afirmando que muchos infidentes andaban sueltos, sin ser perseguidos ni castigados⁹⁵. Según éstos, resultaba indispensable aclarar quienes habían cometido infidencia, en particular en aquellas ciudades y poblaciones que habían quedado bajo el dominio de José I⁹⁶.

Tal como reconoció el diputado García Herreros, la posición de los empleados público no había resultado fácil ni cómoda. El Gobierno nacional o patriótico no había dado órdenes claras de abandonar sus puestos para presentarse a las autoridades nacionales. Si permanecían en sus puestos, debían jurar fidelidad a José I, siendo en consecuencia castigados con la inhabilitación para el ejercicio de la función pública una vez se encontraran de nueva bajo dominio nacional⁹⁷. Si, por el contrario, decidían dejar sus empleos para ponerse al servicio del territorio nacional, las autoridades les mirarían en cualquier caso con desconfianza y sospecha, como de hecho sucedió⁹⁸.

Una consecuencia jurídico-procesal de la promulgación de la Constitución de Cádiz a la hora de perseguir y enjuiciar los casos de infidencia fue la reforma del tribunal encargado de conocer esos casos. Como vimos, en 1811 se aprobaron dos disposiciones (una Orden de 14 de julio y un Decreto de 25 de agosto) que atribuían a las Audiencias la jurisdicción sobre los casos de infidencia⁹⁹. Como la regulación del poder judicial y la administración de justicia regulada del texto

91 DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1362.

92 Resolución 28 octubre 1811, por la cual, los que habían prestado juramento con el gobierno ‘intruso’ fueron privados de su oficio o podían ser descalificados por tenencia de oros cargos; sobre esta resolución, véase DSC, Congreso, n. 511, 5 marzo 1812, pp. 2867-2871; DSC, Congreso, n. 512, 6 marzo 1812, pp. 2875-2879.

93 DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1366-1367.

94 DSC, Congreso, n. 648, 4 septiembre 1812, p. 3640.

95 DSC, Congreso, n. 293, 22 julio 1811, p. 1493.

96 DSC, Congreso, n. 333, 31 agosto 1811, p. 1736.

97 Art. 1 Decreto CXVII, 21 septiembre 1812 (“Medidas para asegurar la confianza de la Nación respecto a los empleados y otras personas públicas”), prescribía que aquellos que habían sido designados por el gobierno francés (véase también el art. 3 del Decreto de 11 agosto 1812), y los funcionarios públicos (véase también el art. 4 del Decreto de 11 agosto 1812) que ejercieron en el gobierno de José I, anteriormente mencionado (...) no se propusiesen para obtener un cargo público de cualquier tipo (en: *Colección de decretos*, vol. III, pp. 84-87).

98 DSC, Congreso, n. 270, 29 junio 1811, pp. 1362.

99 Véase la nota al pie n. 58.

constitucional no casaba con la atribución que de los casos de infidencia se había hecho a las Audiencias, las Cortes decidieron reformar este punto, prescribiendo que este delito debía ser enjuiciado por los tribunales ordinarios de primera instancia, atribuyendo a las Audiencias las instancias segunda y tercera¹⁰⁰.

Con esta medida, que ya había sido solicitada por la Audiencia de Sevilla¹⁰¹, también se pretendía poner remedio a las frecuentes dilaciones con las que estos casos eran enjuiciados y fallados¹⁰². Las fuentes muestran, no obstante, que los jueces ordinarios no siempre se tomaron estos casos con la seriedad debida¹⁰³, de modo que sobre las Audiencias recaía, en última instancia, la tarea de supervisar y revisar los fallos de los tribunales ordinarios¹⁰⁴. Por otra parte, conviene tener en cuenta que todas aquellas irregularidades que pudieran darse en relación al tribunal competente para enjuiciar un caso concreto eran presentadas a las Cortes como ‘infracción de la constitución’, tal como disponía el art. 247 del texto constitucional gaditano¹⁰⁵.

Otra reforma importante que propició la promulgación del texto constitucional fue la abolición de la confiscación de bienes, que constituía – como se ha dicho – una parte de la pena que afectaba a los descendientes del condenado como infidente.

Como vimos, el texto de las Siete Partidas castigaba al traidor con la pena de muerte y la confiscación de bienes, medida que resultaba particularmente gravosa a los descendientes del condenado¹⁰⁶. Los diputados gaditanos, conscientes de ello, reconocían –incluso con anterioridad a la aprobación de la Constitución gaditana– el carácter injusto de una medida que castigaba a aquellos cuyo comportamiento era irreprochable¹⁰⁷. Tras la promulgación del texto constitucional, en cuyo art. 304 se recogía la abolición expresa de la confiscación de bienes¹⁰⁸, las Cortes aprobaron un decreto encaminado a

100 DSC, Congreso, n. 631, 12 agosto 1812, p. 3529; Orden 9 agosto 1812 (“Para que el Juez de letras de Cádiz conozca en primera instancia del crimen de infidencia”).

101 DSC, Congreso, n. 293, 22 julio 1811, p. 1493; DSC, Congreso, n. 313, 11 agosto 1811, p. 1618; DSC, Congreso, n. 668, 29 septiembre 1812, p. 3761.

102 Véase, por ejemplo, DSC, Congreso, n. 150, 26 febrero 1811, p. 584; sobre la insuficiencia de las *Audiencias* en el tratamiento de los casos de *infidencia*, véase DSC, Congreso, n. 257, 16 junio 1811, pp. 1270-1271.

103 DSC, Congreso, n. 953, 25 agosto 1813, p. 6041.

104 DSC, Congreso, n. 865, 27 mayo 1813, p. 5367.

105 DSC, Congreso, n. 711, 26 noviembre 1812, p. 4080.

106 Partidas VII, 2, 1; véanse las notas nn. 11 ss., y sus correspondientes textos principales.

107 DSC, Congreso, n. 289, 18 julio 1811, p. 1465.

108 Sobre esta cuestión, véase el art. 304 de la Constitución de 1812: No se impondrá la pena de confiscación de bienes. Sobre otras Constituciones españolas, véase el art. 10, de la Constitución de 1837: “Nunca se impondrá la pena de confiscación de la propiedad, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad pública, sujeta a una compensación adecuada”; art. 10, Constitución de 1845: “Nunca se impondrá la pena de confiscación de la propiedad, y ningún español será privado de su propiedad excepto en causa justificada de utilidad pública, sujeta a una compensación adecuada”; art. 12, Constitución de 1856 (nunca promulgada): “Tampoco se impondrá la pena de confiscación de la propiedad por cualquier delito”; la Constitución de 1869 no prohibió expresamente la aplicación de la pena de la confiscación de bienes, aunque pudiera estar implícito en el art. 13: “Nadie podrá

acomodar la antigua legislación aplicable al nuevo texto constitucional¹⁰⁹. El decreto establecía que las confiscaciones llevadas a cabo a los afrancesados y demás condenados por delito de traición perdían su vigencia y que los bienes pasarían a sus descendientes (Art. XIII). Sin embargo, el mismo decreto, haciendo caso omiso al principio de retroactividad favorable de los actos criminales, añadía que esa normativa no se aplicaría a quienes ya hubieran sido condenados con anterioridad a la promulgación de la Constitución gaditano (Art. XIV).

Los debates parlamentarios recogen varias discusiones relativas a la aplicación de esa reforma contenida en el mencionado decreto, ocupándose de distintos aspectos relacionados con la costumbre de confiscar los bienes al inicio del proceso penal¹¹⁰.

Lo que no fue objeto de reforma alguna como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1812 fue el principio según el cual el delito de infidencia no podía ser indultado. Si el delito de traición siempre había constituido la excepción al principio general según el cual todo delito por ser objeto de indulto, el de infidencia corrió esta misma suerte. Al respecto, todos los diputados estuvieron de acuerdo¹¹¹. Por otra parte, si el monarca se ausentaba, correspondía a las Cortes la concesión del indulto a los condenados¹¹².

Las discusiones parlamentarias muestran que no todos los diputados eran juristas, de suerte que algunos –que sí lo eran– tuvieron que recordar a quienes carecían de formación letrada que el perdón o indulto tan sólo podía

ser privado temporal o permanentemente de sus bienes y derechos, o perturbado en la posesión de los mismos, salvo por orden judicial. Los funcionarios públicos que, bajo cualquier pretexto infrinjan esta prescripción serán personalmente responsables de los daños causados...”; art. 10, Constitución de 1876: “La pena de confiscación de bienes será nunca impuesta y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, sujeta siempre a una compensación adecuada”, art. 44, Constitución de 1931: “la pena de confiscación de bienes no se impondrá en ningún caso”; la actual Constitución de 1978 no contiene ninguna disposición que expresamente que dicte tal prohibición, en el ámbito fiscal, no penal, el art. 31.1 establece que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (...) que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio”. Sobre esta pena, véase Pino Abad, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999; sobre el desarrollo legal de la pena de muerte en España, véase también Sainz Guerra, J., *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, 2004, pp. 349-352; Masferrer, A., “Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A Comparative Legal History Approach”, *Journal of Comparative Law* 4, no. 1 (2009), pp. 96-139, en particular pp. 107-108; Masferrer, A., “Liberal State and Criminal Law Reform in Spain”, *The Rule of Law in Comparative Perspective*, ed. by Sellers, Mortimer; Tomaszewski, Tadeusz, Series: *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 3 (2010), pp. 19-40, en particular pp. 35-36.

109 Decreto CLXXV, 17 junio 1812, en: *Colección de Decretos y Órdenes*, vol. II (III.1812-II.1813), pp. 28-34.

110 DSC, Congreso, n. 562, 9 mayo 1812, pp. 8172-8173; DSC, Congreso, n. 562, 9 mayo 1812, p. 8174; DSC, Congreso, n. 586, 10 junio 1812, pp. 3294-3301; sobre la confiscación de bienes contra los *afrancesados*, véase Domínguez Nafría, El trato de los afrancesados en la legislación de las Cortes de Cádiz (n. 32), pp. 585-589.

111 DSC, Congreso, n. 211, 30 abril 1811, p. 974; DSC, Congreso, n. 817, 6 abril 1813, p. 4985; DSC, Congreso, n. 79, 21 septiembre 1820, pp. 1149-1150.

112 DSC, Congreso, n. 211, 30 abril 1811, p. 973; DSC, Congreso, n. 779, 23 febrero 1813, p. 4746.

concederse a quien hubiera sido condenado por la comisión de un delito. En consecuencia, carecía de sentido concederlo a quienes, no habiendo sido condenados criminalmente, su reprochable conducta no hubiera ido más allá que la de haber jurado fidelidad a José I¹¹³. Esta confusión revela hasta qué punto algunos diputados tendían a poner en el mismo saco a afrancesados, juramentados e infidentes.

Si un ciudadano común que hubiera sido condenado por delito de traición no podía ser indultado, no digamos ya si el condenado era un soldado¹¹⁴. En consecuencia, pese a los dos decretos de indulto aprobados por las Cortes gaditanas, uno general¹¹⁵ y otro militar¹¹⁶, ambos recogieron expresamente la cláusula de exclusión a los condenados por delito de infidencia.

Por otra parte, si bajo la Constitución de Bayona la legislación francesa prescribió el juramento de fidelidad por parte de la población que residía en ciudades y villas de dominio francés, el mismo proceder siguieron los liberales bajo la Constitución de Cádiz¹¹⁷. Resulta indiscutible que el contexto bélico en el que se promulgó ese texto constitucional contribuyó al surgimiento de un marcado sentimiento patriótico o nacional. Ese clima de guerra también explica el contenido y tono de algunas de las discusiones que se desarrollaron en las Cortes gaditanas. Un buen ejemplo puede verse en el debate relativo a la redacción definitiva del art. 6 de la Constitución, en el que se establecía que el amor a la patria debía tener la consideración de un deber constitucional, en contraste con la conducta de aquellos que, habiendo olvidado el grato deber de amar a la patria, se habían unido al partido de los enemigos¹¹⁸. La

113 DSC, Congreso, n. 512, 6 marzo 1812, pp. 2875-2879, en particular p. 2878.

114 DSC, Congreso, n. 510, 4 marzo 1812, p. 2861.

115 Decreto CLXV, 25 mayo 1812, en: *Colección de los Decretos y Órdenes que has expedido las Cortes generales y extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813*, Madrid, Imprenta Nacional, vol. III, pp. 1-3.

116 Decreto CLXVI, 25 mayo 1812, en: *Colección de Decretos y Órdenes* (n. 111), pp. 3-6.

117 Art. II Decreto CXXXIX, 18 marzo 1812, se prescribe el juramento de lealtad a la Constitución de Cádiz, para que se dé en León, en el próximo día festivo después de la Misa (*Colección de Códigos y Decretos*, II, p. 109); lo mismo se estableció para el resto del territorio español (Decreto CLXI, 22 mayo 1812, en *Colección de Códigos y Decretos*, II, p. 209); sobre esta cuestión, véase Domínguez Nafría, "El trato de los afrancesados en la legislación de las Cortes de Cádiz" (n. 32), pp. 589-594.

118 En la discusión del proyecto de Constitución, en su art. 7 (art. 6 del texto definitivo), decía: "El amor a la Patria es una de las obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos unos con otros". Acerca de él algunos diputados estimaron con razón que no era propio de una Constitución, por lo que debía desaparecer. Por el contrario, el diputado Felipe Aner de Esteve se mostró partidario de su conservación ya que, según dijo, "es patente que la España en general ha dado una gran prueba de patriotismo, pero tampoco hay duda de que varios individuos (aunque pocos) se han olvidado de este amor a la patria y han abrazado el partido de nuestros enemigos porque no han conocido lo que se debe a la Patria, o porque se han olvidado de ello. Es preciso, pues, inculcarles continuamente que el amor a la Patria es su principal obligación, porque si lo han olvidado, con esto se les recuerda, y si no lo saben se les enseña". El artículo fue aprobado suprimiendo la expresión "unos con otros" a instancia del diputado José María Calatrava (DSC, 2 de septiembre de 1811, p. 1740).

dureza y crueldad con las que los desertores fueron tratados también constituye una muestra elocuente del clima existente¹¹⁹, en el que cualquier sospecha de infidencia generaba desconfianza, resentimiento y –en ocasiones– odio.

5 LA SUPRESIÓN DEL DELITO DE INFIDENCIA

Pese a las diversas referencias expresas al delito de infidencia que recogen las discusiones parlamentarias de 1813, el final de la Guerra de la Independencia, el retorno de Fernando VII y el restablecimiento del absolutismo político trajo consigo la gradual desaparición del delito de infidencia. Pese a ello, es cierto que las fuentes recogen algunas referencias a la infidencia en 1814. Más en concreto, el 2 de mayo de 1814 se concedió un indulto a los militares que hubieran desertado, excluyéndose de esa gracia a los infidentes¹²⁰. Un día más tarde, se concedió otro indulto militar para celebrar el regreso de Fernando VII a Madrid. Ese decreto de indulto de 3 de mayo de 1814 también incluía la cláusula de exclusión para quienes hubieran sido condenados por la comisión del delito de infidencia¹²¹.

El 11 de septiembre de 1814, Fernando VII promulgó una Real Orden por la cual los delitos de infidencia debían ser enjuiciados por los tribunales ordinarios, rechazándose, por tanto, el fuero privilegiado (denominado ‘Tribunal de Seguridad Pública’) existente con anterioridad a las reformas de las Cortes de Cádiz para esos casos¹²².

Escasas referencias recogen los debates parlamentarios de las Cortes (ordinarias, no extraordinarias) de 1814: el problema con algunos infidentes en Chile¹²³, espionaje¹²⁴, un conflicto de jurisdicción militar¹²⁵, una privación de oficio público por haber sido acusado de infidencia¹²⁶, así como un caso militar de infidencia (caso Audinot)¹²⁷.

Bien podría afirmarse que el delito de infidencia desapareció en cuanto el contexto histórico en el que había dado a luz experimentó un cambio de signo.

119 Véase, por ejemplo, la Orden 15 octubre 1811 (“En que se fija la regla para conceder indulto a los desertores”), indicando que tal indulto se concederá en los casos ‘raros y singulares’; Orden 10 junio 1812 (“Cómo debe portarse la Regencia con los desertores que se le presentan”), insistiendo en que esto ocurriría en ‘casos raros y singulares’ (*Colección de Decretos*, vol. III, III.1812-II.1813, pp. 34-35).

120 DSC, Congreso, n. 73, 2 mayo 1814, p. 323-324.

121 Decreto LXXXVII, 3 mayo 1814 (“Indulto militar con motivo de la reunión del Gobierno en Madrid, y por la llegada del Rey al territorio español”) (*Colección de Decretos*, Madrid, 1822, vol. V, pp. 202-204).

122 Real Orden de 11 de septiembre, 1814; sobre esta cuestión, véase Roberto L. Blanco Valdés, *Rey, Cortes y fuerza armada en los inicios de la España liberal, 1808-1823*, Madrid 1988, pp. 298-300.

123 DSC, Congreso, n. 6, ap. II, 4 marzo 1814, p. 58.

124 DSC, Congreso, n. 16, 12 marzo 1814, p. 102.

125 DSC, Congreso, n. 16, 12 marzo 1814, p. 104.

126 DSC, Congreso, n. 51, 11 abril 1814, p. 238.

127 DSC, Congreso, n. 16, 12 marzo 1814, p. 106; DSC, Congreso, n. 56, 16 abril 1814, p. 258-259.

El delito de traición, empleado por razones políticas por el monarca, siguió la suerte de las vicisitudes de las circunstancias políticas, como aconteciera un siglo antes con la Guerra de Sucesión (1700-1714)¹²⁸. Ello no significa que ese delito fuera formalmente derogado, pero su papel disminuyó notablemente. En efecto, aunque este delito permaneció vigente entre 1814 y 1820, su importancia y efectiva aplicación disminuyó considerablemente¹²⁹. Los debates parlamentarios de 1820 y 1821 confirman esta tesis, pues las referencias existentes a la infidencia son escasas y, en su mayoría, bien relacionadas con casos del pasado¹³⁰, bien relativos a la jurisdicción militar¹³¹.

El primer Código penal español, de 1822, no hace mención alguna al delito de infidencia, y lo mismo cabe decir con respecto a los demás Códigos penales¹³². Aunque todos ellos castigaban el delito de traición, nada se dice sobre la existencia de un particular tipo delictivo denominado de ‘infidencia’¹³³.

El carácter o contenido político del delito de traición en el Antiguo Régimen resulta ciertamente indudable. Aun así, será en la etapa liberal cuando este crimen adquirirá formalmente la consideración de ‘delito político’, expresión o categoría que aparece frecuentemente en las fuentes al principio del movimiento codificador¹³⁴.

128 Jover Zamora, J. M., “Una página de la Guerra de Sucesión: el delito de traición visto por el Fiscal del Consejo de Castilla”, *AHDE* 17 (1946) pp. 753-784; Torres Aguilar, M., “El delito de desertión y la reforma del reclutamiento en el ejército de Felipe V”, *La Guerra de Sucesión en España y América*, Sevilla 2001, pp. 541-555.

129 Véase, por ejemplo, DSC, Congreso, n. 99, 6 junio 1821, pp. 2074-2075.

130 DSC, Congreso, n. 34, 7 agosto 1820, p. 421; DSC, Congreso, n. 79, 21 septiembre 1820, pp. 1149-1150; DSC, Congreso, n. 105, 17 octubre 1820, pp. 1714; DSC, Congreso, n. 115, 27 octubre 1820, pp. 1932-1933; DSC, Congreso, n. 79, 17 mayo 1821, pp. 1645-1646; DSC, Congreso, n. 99, 6 junio 1821, pp. 2074-2075.

131 DSC, Congreso, n. 11, Apéndice, 8 marzo 1821, p. 338; DSC, Congreso, n. 11, Apéndice, 8 marzo 1821, p. 342; curiosamente, Pérez de Anaya, F., en su *Lecciones y modelos de elocuencia forense*, Madrid 1848, pp. 198 ss., reunió la defensa de D. Antonio Díaz, un cargo militar retirado que había sido acusado del delito de *infidencia*, de acuerdo con el art. 6 de la ley penal de 25 de abril de 1821.

132 Paso y Delgado, N. & de Toro y Moya, B., en sus *Nociones del derecho penal español, así común como excepcional: para el uso de los cursantes de jurisprudencia*, Granada 1848, pp. 265 ss., tratando el crimen de traición del art. 141 del Código Penal de 1848, utiliza la expresión ‘*infidencia*’, pero el Código no contiene esta expresión en absoluto.

133 En la sesión de 22 de mayo de 1836 sobre el ‘Estamento de Procuradores’ (DSC, Legislatura 1836, tomo III, pp. 445-448), algunos miembros demandaron un proyecto de Ley sobre conspiración e *infidencia*.

134 Sobre los delitos de traición como delitos políticos y su tratamiento véase Fiestas Loza, A., *Los delitos políticos (1808-1936)*, Madrid 1976; sobre la codificación del Derecho penal en España, véase Masferrer, A., (ed.), *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (Aniceto Masferrer, ed.), Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2017; Masferrer, A., “La ciencia del Derecho penal en la Codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”, *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Madrid 2007, pp. 273-349; Masferrer, A., *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito*.

Los Códigos penales españoles, introdujeron la distinción entre los delitos contra la ‘seguridad exterior del Estado’ y los delitos contra la ‘seguridad interna’ (o ‘contra la Constitución’), sin abandonar el concepto de traición, que permaneció vigente en los Códigos de 1822¹³⁵, 1848¹³⁶, 1850¹³⁷, 1870¹³⁸, 1932¹³⁹ y 1944¹⁴⁰. Además, la expresión crimen laesae majestatis tampoco se abandonó tan fácilmente, empleándose en los Códigos de 1848¹⁴¹, 1850¹⁴² y 1870¹⁴³.

Un estudio exhaustivo de la evolución de los delitos de traición en la Codificación española revela que, pese a la desaparición del delito de infidencia *stricto sensu* del ordenamiento penal, algunas de las conductas constitutivas de ese delito en el contexto de la Guerra de la Independencia permanecieron en vigor a lo largo de los siglos XIX y XX. Sin embargo, cabría decir que el delito de infidencia *stricto sensu*, a diferencia del delito de traición en sus distintas formas, pertenece a la historia del Derecho.

No cabe decir lo mismo con respecto a los territorios hispano-americanos, donde las ‘causas de infidencia’, con las que se castigaban a quienes se resistían y alzaban contra la autoridad colonial española, gozaron de una vigencia mucho más prolongada¹⁴⁴.

6 A MODO DE CONCLUSIÓN

Si España no hubiera sido ocupada por los franceses, liberales y absolutistas jamás se hubieran unido para formar un frente común, como sucedió en el contexto de la Guerra de la Independencia, ni tampoco se hubiera creado ni regulado el delito de infidencia en las Cortes gaditanas.

El delito de infidencia tuvo una breve historia en la tradición jurídica española, pero su estudio contiene numerosas lecciones de las que cabe aprender, además de contribuir al esclarecimiento de un importante episodio histórico de la evolución del complejo delito de traición.

Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo, Jaén 2003.

135 Arts. 188-191, 248.

136 Arts. 139-144.

137 Arts. 139-144.

138 Arts. 136-143.

139 Arts. 123-130.

140 Arts. 120-125.

141 Arts. 160-166.

142 Arts. 160-166.

143 Arts. 157-164.

144 Con respecto a esto, véase, por ejemplo, Valenilla Lanz, L., *Causas de infidencia: estudio preliminar*, Caracas 1969; García, M. A., *Procesos por infidencia contra los próceres salvadoreños de la independencia de Centroamérica desde 1811 hasta 1818*, El Salvador 1940; con respecto a Venezuela, véase Briceño Perozo, M., *Las causas de infidencia*, Madrid, 1961.

En efecto, la historia del delito de infidencia en España (1810-1814) muestra la compleja evolución de un delito de carácter político. Si el Derecho romano –o, más en concreto el *Corpus iuris civilis*– ha sido definido como “un ‘supermercado jurídico’, en el que juristas de distintos periodos han encontrado lo que necesitaban en cada momento”¹⁴⁵, no cabe olvidar que la categoría de los *crimina laesae maiestatis* era parte de este ‘supermercado jurídico’ que, una vez desarrollado científicamente por los juristas (en especial por Bártolo de Sassoferrato en el siglo XIV), y relacionado con el principio de soberanía (Jean Bodin, s. XVI), se puso al servicio del Estado o, más en particular, del poder real.

Si bien es cierto que en el Antiguo Régimen el poder real no era –por lo menos, en teoría– ilimitado¹⁴⁶, en la práctica los monarcas ejercieron su poder de un modo casi ilimitado. Ello contribuyó a complicar aún más el uso del *crimen laesae maiestatis*. La transición del Antiguo Régimen al sistema político liberal tuvo importantes consecuencias en la evolución del delito de traición, el cual dejó de poder ser empleado por parte del Estado para la consecución de objetivos políticos. En este sentido, la ‘constitucionalización’ de la soberanía nacional, la separación de poderes, del reconocimiento de los derechos fundamentales y del principio de supremacía legal vino a limitar los poderes del Estado¹⁴⁷.

No cabe sorprenderse, pues, de que la principal controversia que suscitó la regulación y persecución del delito de infidencia provino del hecho de que, en el nuevo sistema político, el Estado no estaba por encima del Derecho y la traición sólo podía perseguirse y castigarse con arreglo a la legalidad¹⁴⁸. Esto era, sin duda alguna, algo nuevo. Era la primera vez en la historia en la que el *crimen laesae maiestatis* debía ser regulado y aplicado en el marco de un sistema político distinto al absolutista. Además –por si fuera poco–, aquellos que estaban dirigiendo el rumbo de los acontecimientos hacia el constitucionalismo moderno, esto es, los diputados gaditanos, partían –como se ha visto– de posicionamientos y visiones políticas o ideológicas bien distintas –si no, antagónicas– (absolutistas y liberales). Esto explica por qué la persecución

145 Stein, P., *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, p. 2.

146 Sobre esta cuestión, véase Masferrer, A., & Obarrio, J. A., “The State Power and the Limits of the Principle of Sovereignty: An Historical Approach”, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism* (Collection ‘*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*’, Springer), ed. por Masferrer, A., Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2012.

147 Sobre esta cuestión, véase Masferrer, “The Fragility of Fundamental Rights in the Origins of Modern Constitutionalism. Its Negative Impact in Protecting Human Rights in the ‘War on Terror’ Era”, *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law: Crossing Legal Boundaries in Defence of the State* (Aniceto Masferrer & Clive Walker, eds.), Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 37-60.

148 La principal crítica hacia el delito de *infidencia* hecha por Reinoso, en su *Examen de los delitos de infidelidad a la patria*, fue precisamente la violación de las garantías y normas constitucionales, denunciando, entre otras cosas, la arbitrariedad judicial (pp. 344-357) y la violación de la separación de poderes (pp. 358-386).

del delito de infidencia, siguiendo la regulación de los textos medievales, resultó paradójico y controvertido. En efecto, la vigencia del delito de infidencia en España fue corta pero intensa y convulsa.

Finalmente, el presente artículo también muestra, tal como reza su subtítulo, el paradójico contexto histórico en el que España introdujo las ideas ilustradas y liberales del país vecino, empleando también estos mismos principios e instrumentos, como el delito de traición dentro del nuevo marco liberal o constitucional, a fin de salvaguardar la soberanía de la nación española.

Texto convidado

