

LARDIZÁBAL: “DISCURSO SOBRE LAS PENAS” (NOTA CON MOTIVO DE SU REEDICIÓN)

Jerónimo Betegón

Anuario de Derechos Humanos, núm. 3, Edit. Universidad Complutense. Madrid, 1985

<http://www.cienciaspenales.net>

# Lardizabal: «Discurso sobre las penas» (Nota con motivo de su reedición)

Jerónimo BETEGÓN

La reciente reedición de «El Discurso sobre las penas» de Lardizabal, primera reproducción facsímil, por la editorial Porrúa<sup>1</sup>, ofrece la ocasión de hacer unas breves consideraciones sobre un autor y una obra que, en mi opinión no han despertado, dentro de los estudios dedicados a la historia de la filosofía penal, la atención que merece<sup>2</sup>. A pesar de ello, no me propongo aquí realizar un estudio minucioso o exhaustivo de la obra citada, sino, dentro de los límites propios de una nota destinada a dar cuenta de una novedad bibliográfica, examinar las soluciones que aparecen propuestas a algunos de los problemas penales entonces más candentes.

Las ideas penales de la Ilustración encuentran, probablemente, su más eficaz y atractiva formulación en el pequeño libro que escribe

---

<sup>1</sup> La obra de Lardizabal apareció en 1782 bajo el título completo de *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Imp. Joaquín Ibarra, Madrid. La segunda edición: Imp. Repullés, Madrid, 1828. Tercera edición: *Biblioteca Criminológica y Penitenciaria*, vol. I, ed. La Lectura, Madrid, 1916. Cuarta edición: R. E. E. P., núm. 174, Madrid, 1966. Quinta edición, por la que cito: Ed. Porrúa, Méjico, 1982, con prólogo de J. Piña y Palacios.

<sup>2</sup> La bibliografía acerca del *Discurso sobre las penas* es escasa, pero no carente de interés. Monográficamente se dedican a su estudio los siguientes trabajos: Bernaldo de Quirós, C.: «Lardizabal y Olavide, dos ilustres magistrados criollos del siglo XVIII», en *Criminalia*, año XIV, núm. 1948, págs. 19-26; Blasco y Fernández de Moreda, F.: «Perfiles novo-hispanos, D. Manuel de Lardizabal y Uribe», en rev. *América*, Méjico, dic. 1944 y enero 1945. También del mismo autor: *Lardizabal. El primer penalista de América española*, U. N. A. M., 1957. Igualmente: «D. Manuel de Lardizabal, el jurista hispanoamericano, semiolvidado e incomprendido», en *La Ley*, tomo 89, enero-marzo, 1958, págs. 801-11; Garrido, L.: «El primer penalista de Méjico», en *Criminalia*, año XIII, núm. 9, septiembre 1947, págs. 356-358; Rivacoba y Rivacoba: *Lardizabal, un penalista ilustrado*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964; J. Antón Oneca: «El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizabal», en *R. E. E. P.*, núm. 174, Madrid, 1966, págs. 7-36.

Beccaria en 1764, y que titula «*Dei delitti e delle pene*»<sup>3</sup>. Por cuanto que éste supo así resumir —no sin un cierto desorden en la exposición—, las críticas que fundamentalmente se habían formulado en Francia hacia el Derecho Penal y Procesal entonces vigente, sirve «*Dei delitti e delle pene*» como fiel indicador del grado de contestación que surgió en Europa hacia un sistema de Derecho profundamente injusto y cruel.

El hecho de que Saldaña llamara a Lardizabal el «Beccaria español»<sup>4</sup>, es bien significativo de las semejanzas que, entre las obras de ambos y aún más, entre las circunstancias que las originaron, existen; aunque muchas de ellas vengan determinadas, como advierte Antón Oneca, por la común influencia que sobre ellos ejerce Montesquieu<sup>5</sup>. Casi todos los autores que se han dedicado al estudio de la obra de Lardizabal no han resistido la tentación de enjuiciar el «Discurso sobre las penas» en relación con el opúsculo de Beccaria, llegando muchas veces a conclusiones muy distintas, quizá porque en algunos casos se hayan entremezclado sentimientos nacionalistas que pueden haber distorsionado el valor que se ha de otorgar al escrito de Lardizabal. Creo que la nueva publicación del «Discurso sobre las penas» es un buen momento para examinar los puntos de fricción que se advierten tras la lectura comparada de ambas obras; divergencias que creo, vienen explicadas por circunstancias objetivas —ámbitos geográficos y culturales distintos, o un intervalo de años entre la aparición de ambos escritos que no puede ser desdeñado en épocas revolucionarias o de profundo cambio de las ideas—, y subjetivas o expresivas de las diferentes mentalidades políticas de los dos autores; en concreto, una actitud más conservadora de Lardizabal<sup>6</sup>, frente al tono

<sup>3</sup> La obra de Beccaria se publicó por primera vez y de forma anónima en Livorno, 1764; la primera traducción al castellano la realizó Juan Antonio de las Casas en 1774, Madrid, Imp. J. Ibarra; aparece una traducción anónima en 1820 (Madrid, Imp. de Rosa Sanz); lo traduce de nuevo Juan Rivera en 1821 (Madrid, Imp. Villalpando); también merecen citarse la trad. anónima que se publica en París en 1822, a la que se incorporan los *Comentarios*, de Voltaire, otra que aparece igualmente sin nombre en Madrid, 1851, y por último, todavía dentro del siglo pasado, la más completa de todas, la traducida por P. Vicent, sobre el texto publicado en Florencia en 1862 por César Cantú, que se publica en Sevilla en 1879. Actualmente, se halla editada en España por Alianza Ed., que incluye la traducción primera de J. A. de las Casas, Madrid, 1968, y por Ed. Aguilar, con introducción, traducción y notas de F. Tomás y Valiente, Madrid, 1969, por la que cito. Muy recientemente se ha traducido al castellano la edición preparada por F. Venturi, que incluye una introducción de este autor y una importante recopilación de la correspondencia mantenida por Beccaria. Ed. Bruguera, Madrid, 1983, trad. de J. Jordá Catalá.

<sup>4</sup> Vid. Q. Saldaña: *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, de F. v. Liszt, ed. Reus, Madrid, pág. 399 (en el tomo I que manejo no consta el año de la edición).

<sup>5</sup> Vid. J. Antón Oneca: *Estudio preliminar al Discurso sobre las penas*, de Lardizabal, ya citado, en *R. EE. P.*, núm. 174, pág. 31.

<sup>6</sup> Vid., por ejemplo, la parte biográfica que contienen los trabajos monográficos citados sobre la obra de Lardizabal.

más radical y revolucionario del italiano—, que les lleva a abordar los mismos problemas desde planteamientos distintos.

Brevemente, voy a tratar tres problemas importantes —todos ellos relacionados exclusivamente con la pena— que reciben diferencias de tratamiento en las dos obras citadas, —en unos se advierten más claramente que en otros—; son los siguientes:

1) *Origen y fundamento de la pena.*—Define Lardizabal la pena como «el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa»<sup>7</sup>. De esta manera excluye la posibilidad de que pueda hablarse de pena jurídica antes de la formación de la sociedad civil, ya que en el estado de naturaleza considera que las relaciones intersubjetivas están marcadas por el principio de igualdad; previamente a la constitución del estado civil, sólo se puede hablar de rechazo de la fuerza con la fuerza o de venganza particular, y por tanto, el objetivo principal que persiguen los hombres al reunirse en el pacto social es un medio de defensa que emane de una superior y pública autoridad<sup>8</sup>. Para Lardizabal el anterior argumento explica el fundamento y primer origen de las penas, y en poco o nada se diferencia de los que encontramos utilizados por Montesquieu o Beccaria. Pero es a partir de la aceptación de este punto —el pactismo entendido como fundamento del «ius puniendi— donde comienzan las divergencias; mientras Beccaria seguirá más o menos fielmente a Rousseau, el autor del «Discurso...» expondrá unas ideas más claramente identificables con un iusnaturalismo escolástico y legitimador del monarca absoluto. Así, respecto del establecimiento y regulación de las penas que concibe como «un derecho inmanente de la Majestad esencialmente necesario para el gobierno y conservación de la república», dirá que «diana del mismo Dios»<sup>9</sup>, y también, más adelante: «...es necesario que Dios... haya comunicado una parte de su poder a los que son establecidos en las sociedades para regirlas...»<sup>10</sup>. Estos argumentos no duda Lardizabal en apoyarlos en textos bíblicos, cuyas citas más significativas encontramos reproducidas en el «Discurso...»: «No hay Potestad que no venga de Dios, y así todas las que hay son ordenadas por Dios» (S. Pablo, Epístola a los Romanos, XIII, 1).

La identificación de soberanos con monarca absoluto parece clara; aún más, cuando se comprueba la no alusión a lo largo de toda la obra a la división de poderes a pesar de la entusiasta adhesión a muchas de las ideas presentadas por Montesquieu en «De l'esprit des

<sup>7</sup> Vid. Lardizabal: *Op. cit.*, cap. I, núm. 2, pág. 20.

<sup>8</sup> *Ibidem*, cap. I, núm. 5, pág. 23.

<sup>9</sup> *Ibidem*, cap. I, núm. 6, pág. 24.

<sup>10</sup> *Ibidem*, cap. I, núm. 8, pág. 26.

lois»<sup>11</sup>, o cuando reparamos en su actitud política de constante servicio a la monarquía reinante y de rígida creencia en la religión católica, motivo éste para que una vez más muestre el desagrado que le producen las ideas que lee en «El Contrato social» roussoniano<sup>12</sup>.

¿Cómo se concilian estas afirmaciones que tienden a la justificación del monarca absoluto y a la exigencia de obediencia incondicionada del súbdito, con la formulación que anteriormente habíamos visto del pacto social expresado en términos muy semejantes a como aparece en Beccaria o incluso en Rousseau? Si se parte de una necesaria convención entre los hombres como origen de la sociedad por la que se exige la renuncia de una parte de la libertad individual «para poder gozar con más seguridad de la otra que se *reservaban*, parece que se está construyendo una teoría más apta para la justificación de una sociedad que reconozca un mayor ámbito de libertad individual que para aquella otra —la aceptada por Lardizábal— que exige la obediencia sin reparos del súbdito hacia un soberano que deriva su poder de la autoridad divina, y en la que la religión adquiere la relevante misión de servir de freno y de inspirar «un saludable temor».

Creo que en esta forzada asunción de la idea racionalista del contrato social, que mal se compagina con los presupuestos absolutistas de la monarquía reinante entonces en España, radica el talón de Aquiles que explica las limitaciones que, frente a ideas y escritos que circulaban ya por las naciones cultas del resto de Europa desde lustros atrás, se pueden advertir en el «Discurso...» El mismo Lardizábal pone, quizá inconscientemente, el dedo en la llaga cuando, siguiendo con fidelidad los pasos de Montesquieu, señala en la «Introducción» a su obra que «una nación bárbara, feroz e ignorante pide diversas leyes, diversas penas y castigos, que una nación culta, ilustrada, y de costumbres moderadas y suaves»<sup>13</sup>; si bien la España de 1782 no se encontraba entre las del primer grupo, creo que también resulta obvio

<sup>11</sup> Ed. original, Ginebra, 1748. Hay traducción española de P. de Vega y M. Blázquez. Ed. Tecnos. Madrid, 1972.

<sup>12</sup> Vid. *Discurso...*, cit., Libro I, cap. 11 y 12; por ejemplo, leo: «La experiencia sola, que vale por muchos razonamientos, basta para desmentir estas máximas y otras muchas igualmente absurdas e impías, de que abunda el contrato social de Rousseau, pues es evidente que la parte del mundo que profesa la religión cristiana es puntualmente en donde no domina el despotismo y la tiranía, y en donde hay menos esclavitud». Y también: «... pero no debe admirar que un hombre enteramente poseído de un ciego y desordenado amor a la inmoderada libertad e independencia declame tanto contra una religión pura y santa que pone la sumisión y obediencia a las legítimas Potestades entre sus más recomendables preceptos». Págs. 31 y 32. Se refiere también a los ejemplos de Alemania y Francia, gobernadas por monarcas católicos y que recientemente habían abolido la esclavitud, pero no se encuentra denuncia alguna de la cruel persecución que de los supuestos delitos de magia y herejía se había hecho a lo largo de todo el siglo en nombre de esa misma Iglesia católica.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Introducción, núm. 4, pág. 4.

aclarar que distaba bastante de ser incluida entre las del segundo. En definitiva —y lo ha subrayado ya Tomás y Valiente—, el fracaso de la implantación legal en España de las ideas penales «ilustradas» mientras se mantuvo el absolutismo político, da retrospectivamente la razón a quienes, como Montesquieu y otros muchos hombres de la Ilustración, habían afirmado la vinculación entre sistemas políticos y leyes penales<sup>14</sup>. Lardizábal, conocedor de esta relación, rehuyó probablemente por ello la preconización de reformas imposibles. Con todo, creo que lo dicho no resta mérito ni valor intelectual a su trabajo; es más, puede ayudar a una evaluación correcta de la honestidad de su intento en dotar de contenido humanitario a unas leyes penales que, en cuanto emanadas de un rey absoluto, iban siempre destinadas a reprimir a cualquier precio todo acto de desobediencia contra él. El tratar de conjugar dos extremos necesariamente irreconciliables le supuso una insalvable mengua de coherencia a su obra.

2) *Fines de la pena*.—Entre los estudiosos de las obras de Lardizábal y Beccaria se ha afirmado con unanimidad la mayor complejidad en la delimitación de los fines que a la pena asigna el autor hispanomejicano en relación con la escasa información que acerca de este punto nos ofrece el escritor milanés<sup>15</sup>. Pero si lo anterior es cierto también lo es, en mi opinión, el hecho de que mientras en la obra del italiano se adopta nítidamente una teoría utilitarista y preventivo-ejemplificadora respecto de la finalidad de las penas, en el «Discurso...» español, si bien esta idea es la fundamentalmente aceptada, se ve, sin embargo, empañada por el esbozo de un afán de resarcimiento o reparación del mal causado. Examinaré más detenidamente las ideas de ambos autores:

A) De acuerdo con la falta de rigor metodológico en la exposición de los diferentes problemas penales y procesales que ya algún autor ha advertido en la obra de Beccaria<sup>16</sup>, encontramos alusiones a los objetivos a alcanzar por las penas en tres capítulos distintos; sus ideas podrían quedar así resumidas:

a) Un rechazo de la concepción del castigo institucionalizado como retribución al delincuente por el mal causado o como un resarcimiento o compensación por el daño inferido a la víctima; no se de-

<sup>14</sup> Vid. Tomás y Valiente: *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 111.

<sup>15</sup> En este sentido, vid., por ejemplo: J. Antón Oneca: *Op. cit.*, pág. 31: «En el español la teoría de los fines es más compleja y acertada». O también Rivacoba: *Krausismo y Derecho*, ed. Castellví, Santa Fe, 1963, pág. 139, cuando señala que es precisamente la teoría de los fines de la pena la que destaca a Lardizábal respecto de sus coetáneos europeos.

<sup>16</sup> Vid., por ejemplo, Rivacoba: *Lardizábal...*, cit., pág. 53.

tiene en este punto. Se deduce claramente en varias ocasiones a lo largo de la obra y en concreto, respecto de la necesaria suavidad que deben observar las penas, afirma: «El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido»<sup>17</sup>.

b) Una afirmación explícita y tajante del carácter preventivo que debe asumir la pena, tanto a nivel particular como general: «El fin, pues, no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales»<sup>18</sup>.

c) Utilidad de la ejemplaridad del castigo en la labor de prevención de nuevas conductas delictivas. Es subrayada en varias ocasiones: «Deben, por tanto, ser elegidas aquellas penas y aquel método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres»<sup>19</sup>. O también cuando se afirma que el fin político de las penas es el terror que, a través de su imposición, se inspira al resto de la sociedad<sup>20</sup>. En fin, reclama como necesaria por útil la prontitud con que la pena debe ser dictada, sin menoscabo de las garantías procesales debidas para respetar las libertades individuales y para conseguir un fallo justo<sup>21</sup>.

B) Después de este rápido recorrido por los párrafos que Beccaria dedica a la finalidad de la pena, paso a estudiar las ideas que, en relación con este problema, se hallan contenidas en el «Discurso...»:

a) En Lardizábal hay un fin básico y primordial asignado a la pena, que por fuerza ha de coincidir siempre con la primera ley de toda república: la conservación de la salud y la seguridad de la sociedad<sup>22</sup>.

b) Además, hay otros fines particulares subordinados al arriba citado, y necesarios incluso para la realización de éste:

b.) Ejemplaridad que debe entrañar la pena, conectada a la obligación jurídica que el Estado asume respecto de la protección de «la seguridad de las personas y los bienes de los ciudadanos», y que apoya con una cita del «De Ira» de Séneca: «Es pues el ejemplo para lo futuro, más que la venganza de lo pasado el objeto de la justicia criminal, y por consiguiente de las penas»<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Vid. Beccaria: *Op. cit.*, cap. XV: *Suavidad de las penas*, pág. 111.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 111.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 111.

<sup>20</sup> *Ibidem*, cap. XII: *De la tortura*, pág. 96.

<sup>21</sup> *Ibidem*, cap. XIX: *Prontitud de la pena*, pág. 129.

<sup>22</sup> Vid. Lardizábal: *Op. cit.*, cap. III, núm. 2, pág. 84; el cap. III lleva por título «Del objeto y fines de las penas», y es el más breve de todo el libro.

<sup>23</sup> *Ibidem*, cap. III, núm. 6, pág. 86.

b) Adquiere un papel relevante la finalidad correctiva de la pena respecto del delincuente: «Es un objeto tan importante que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas». Y aprovecha la ocasión para abogar por las llamadas «casas de corrección» que sustituyen a los presidios y arsenales, y que contribuyan a producir «el saludable efecto de la enmienda en los que aún sean capaces de ella»<sup>24</sup>.

b) Por último, cierra este capítulo III con una clara alusión a la función retribucionista que aspira a ver en la pena un medio de corrección moral del individuo a través de la expiación del daño causado: «...uno de los objetos y esenciales fines de las penas es... el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al común y a los particulares»<sup>25</sup>.

Creo que los problemas que plantean las dos teorías expuestas se pueden resumir en la contestación a las dos preguntas siguientes: ¿Qué diferencias sustanciales existen entre los fines descritos por uno y otro autor? ¿Se puede hablar, a pesar de aquellas, de una coincidencia en la justificación moral de la pena a partir de los fines asignados, respectivamente, por ambos autores?

1) La contestación a la primera pregunta recogería dos diferencias importantes entre ambas teorías:

— Ausencia de toda mención a un hipotético fin correctivo de la pena respecto del delincuente en la obra de Beccaria<sup>26</sup>, lo cual ha podido motivar la ya señalada opinión de Rivacoba y Antón Oneca en orden a apreciar un más acabado y completo sistema de fines por parte del español; desde luego, no es corriente la alusión a la función correctiva de la pena en el siglo XVIII, pero no estoy de acuerdo con Rivacoba cuando dice que «sería vano buscarle en todo el pensamiento europeo de la época para alguno de aquellos pasajes en donde además de la defensa y conservación de la sociedad..., recalca la corrección o enmienda del delincuente...»<sup>27</sup>, porque aunque Lardizabal no le cite a lo largo de toda su obra, ya Tomasio en sus «Institutiones Jurisprudentiae Divinae» de 1688, después de rechazar que la expiación fuera un fin propio de la pena jurídica, le había encomen-

<sup>24</sup> *Ibidem*, cap. III, núm. 4, pág. 85.

<sup>25</sup> *Ibidem*, cap. III, núm. 8, pág. 88.

<sup>26</sup> Sin embargo, en la edición de *Dei delitti...*, preparada por Romagnoli, en la que se introduce en el tomo II el «Voto» sobre la reforma criminal de la Lombardía austríaca, Beccaria señala que toda buena legislación criminal ha de tener como fin en primer lugar la enmienda y corrección del reo cuando ésta sea posible, y en todo caso el ejemplo dado al resto de la sociedad. Vid. S. Romagnoli: *Opere de Beccaria*, ed. Sansoni, Florencia, 1958, tomo II, pág. 741.

<sup>27</sup> Vid Rivacoba: *Op. cit.*, pág. 83.



dado a ésta el cumplimiento de dos funciones: corrección y aseguramiento, subordinada ésta última a la primera. El término «emendatio» implicaba para Tomasio dos distintos significados: la «emendatio communis» que en todo caso constituía el fin de la pena y que perseguía la prevención e intimidación general a través de la ejemplaridad del castigo, y la «emendatio singula» referida —en un sentido similar al preconizado por Lardizábal— a la reeducación y corrección moral del reo en particular<sup>28</sup>. Una explicación más acabada y completa de esta idea de la corrección moral del reo la ofrecerá ya en pleno siglo XVIII, dentro de su escrito «Problema Juridicum: an poenae viventium eos infamantes, sint absurdae et abrogandae», de 1723, donde se declarará contrario a las penas de carácter infamante por cuanto dificultan, si no hacen imposible, la enmienda del culpable<sup>29</sup>. No es éste, sin embargo, el lugar adecuado para extenderse más sobre el interesante y complejo sistema de fines que Tomasio considera propios de la pena. Sólo reflejar la extrañeza que produce el hecho de no ver incluido a este autor —a quien se puede considerar el primer «ilustrado» que afronta el problema penal y procesal de la época—, dentro del alarde de erudición y citas de pensadores clásicos y contemporáneos de Lardizábal que se contiene en su «Discurso sobre las penas»<sup>30</sup>. Prefiere recurrir a Séneca para apoyar esta propuesta —sin duda, muy innovadora dentro de la concepción penal de su tiempo—, y probablemente porque, siendo Fiscal, debía conocer bien las escasas posibilidades de regeneración que el sistema penitenciario vigente ofrecía al delincuente.

— La segunda diferencia que se advierte entre los fines propuestos por Beccaria y Lardizábal es la referencia que éste hace, al final del Capítulo III, a la justicia del resarcimiento o reparación del mal que comporta la realización del delito. Esta cuestión se halla en estrecha relación con la contestación que debo dar a la segunda de las preguntas líneas arriba, y por ello queda ahí englobada.

2) No se preocupa Lardizábal de aclarar cuál debe ser la interpretación que ha de hacerse de esta última frase del capítulo dedicado al objeto y fines de la pena, y por ello deja introducir un elemento de confusión —sobre todo por utilizar la expresión «resarcimiento»— dentro de aquella tajante distinción que la filosofía penal de la Ilus-

<sup>28</sup> Vid. C. Tomasio: *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Leipzig, 1688. Edición facsímil: Scientia Verlag, Aalen, 1963. En concreto, Libro III, cap. VII, págs. 14-19, pág. 412.

<sup>29</sup> Vid. C. Tomasio: *Problema Juridicum: An poenae viventium...*, Halle, 1723 (figura como «respondens» de esta *Dissertatio Academicae*, Johannes H. von Kalm).

<sup>30</sup> Blasco cifra en 66 el número de autores y obras citadas en el *Discurso...* de Lardizábal —vid. *op. cit.*, págs. 49 y ss.—, aunque Rivacoba lo eleva hasta 75; creo que esta última relación se ajusta más a la realidad, vid. *op. cit.*, pág. 47.

tración había realizado entre el mal moral y el daño social del delito. Lo que se busca desde el proceso de secularización del Derecho Penal iniciado ya por Grocio y proseguido por Puffendorf y Tomasio es, como señala Tomás y Valiente, la pena eficaz o útil frente a la pena merecida; se trata de castigar al delincuente para evitar que él u otros cometan nuevos delitos y no simplemente porque hayan obrado mal<sup>31</sup>. Y esto es precisamente lo que Lardizábal, después de haber optado sin ambages por una interpretación utilitarista encaminada a la prevención de nuevos delitos y a la corrección individual del delincuente, parece oscurecer con el inciso final comentado. Pero aún hay otro punto que arroja sombra a su presunta opción utilitarista.

El otro flanco débil de la teoría de la pena contenida en el «Discurso...» frente a una posible crítica que la acuse de veleidades retribucionistas es la propia definición de pena que nos ofrece —que ya fue citada al comienzo de estas páginas—<sup>32</sup>, y que se ajusta perfectamente a los ejemplos más sobresalientes de teorías retribucionistas<sup>33</sup>. Como dice Rabossi, cualquier retribucionista estaría de acuerdo en que el castigo que se inflige a un individuo «se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado; y merece serlo cuando es culpable de haber cometido una ofensa»<sup>34</sup>, y ésto en poco o nada se diferencia del sentido que se desprende de la definición dada por Lardizábal, ya que la pena y la carga del sufrimiento que entraña la misma son aceptadas como un fin en sí mismo.

Sólo el posterior predominio, en el ya estudiado Capítulo III, de argumentos utilitaristas —prevención e intimidación general y corrección del individuo—, así como la adopción del criterio de la medida del daño inferido a la sociedad para la determinación del rigor de la pena —Capítulo IV—, hace desechar las consideraciones anteriores, y explicarlas en base a dos posibles razones:

— La innegable influencia de una doctrina penal clásica que todavía dominaba en el campo legal y que permanecía insensible frente al proceso de secularización.

<sup>31</sup> Vid. Tomás y Valiente, nota 15 a su edición de *De los delitos y de las penas*, de Beccaria, cit., pág. 198.

<sup>32</sup> Vid. *supra*, pág. 3.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, Kant: «La pena jurídica (poena forensis)... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien..., sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido», en *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, F. Nicolovius, 1797. Cito por la edición de la U. N. A. M., con prólogo y notas de A. Córdova; no figura traductor, Méjico, 1978, pág. 167.

<sup>34</sup> Vid. Rabossi: *La justificación moral del castigo*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, pág. 26.

— Un consciente pero necesario eclecticismo para no incurrir en contradicción cuando páginas más adelante, Lardizábal admite el principio del talión en dos casos: para legitimar la pena de muerte, y respecto de los calumniadores y testigos falsos de quienes estima que han de ser castigados con la pena que intentaban contra el acusado<sup>35</sup>.

3) Pena de muerte.—Lardizábal propone un sistema de penas en el Capítulo V de su obra. Seguramente, la decisión que le resultó más difícil fue la de incluir en el mismo a la pena de muerte, pues ésta había simbolizado, con su profusa aplicación, la crueldad de un Derecho Penal que castigaba multitud de delitos desiguales con una misma pena capital.

Gran parte de la argumentación que Lardizábal presenta en favor de la pena de muerte nos la ofrece en diálogo con Beccaria, rebatiendo los razonamientos de éste que abogaban por la proscripción de este castigo. Sobre el problema el desacuerdo es abierto, y por tanto, la comparación resulta difícil. Analizaré los principales puntos de discrepancia y las contradicciones internas que se advierten en ambas teorías:

A) Beccaria es enemigo de la pena de muerte. Contra la misma presenta batalla apoyado en argumentos que se podrían calificar unos de naturaleza contractualista; otros, utilitarista:

a) En base a los primeros, y partiendo de la construcción pactista sobre la que se sustentaba la sociedad civil, negará Beccaria legitimidad a la pena capital: «¿Quién ha querido jamás dejar a otros hombres el arbitrio de matarlo? ¿Cómo en el mínimo sacrificio de libertad de cada uno puede incluirse el del máximo entre todos los bienes, la vida?»<sup>36</sup>. La contestación afirmativa a las anteriores preguntas supondría caer en flagrante contradicción con un principio generalmente admitido: la ilicitud de poner fin a la propia vida, y por esta razón la pena de muerte no puede verse sino como la guerra que mantiene una nación contra uno de sus ciudadanos, sólo porque ha juzgado necesario o útil la destrucción de un ser.

b) La demostración de que no es útil nos depara el segundo tipo de argumentos señalados:

Radican éstos en torno a la falta de eficacia preventiva de la pena de muerte, motivada principalmente por las escasas dosis de ejempla-

<sup>35</sup> Vid. Lardizábal: *Op. cit.*, cap. V, p. I, núms. 6 y 7, págs. 160-162.

<sup>36</sup> Vid. Beccaria: *Op. cit.*, cap. XVI: «De la pena de muerte», pág. 115.

ridad que ésta proporciona: «No es la intensidad de la pena lo que hace mayor efecto sobre el ánimo humano, sino su duración; porque nuestra sensibilidad es más fácil y establemente movida por mínimas pero repetidas impresiones, que por un fuerte pero pasajero impulso»; y también cuando afirma: «No es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino el largo y penoso ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido, lo que constituye el freno más fuerte contra los delitos»<sup>37</sup>, todo lo cual nos sugiere que Beccaria no sólo reitera su confianza en una mayor capacidad disuasoria de la larga privación de libertad, sino que además introduce, como con razón observa Cattaneo en un reciente e interesante trabajo, la expresión del aspecto utilitarista y político de la Ilustración, siempre dispuesto a conectar el Derecho Penal con el interés de la sociedad en extraer un provecho del ciudadano que la pena de muerte venía a imposibilitar<sup>38</sup>.

Por último, estos motivos utilitaristas se tiñen de humanitarismo cuando se rechaza también la pena de muerte por el ejemplo de atrocidad que da a los hombres, contrario al fin principal de toda ley que ha de ser la moderación de la conducta de los hombres frente a la pasión o la guerra que «han enseñado a derramar la sangre humana...»<sup>39</sup>.

B) Lardizábal admite sin reservas la legitimidad del Estado para la imposición de la pena de muerte. Su crítica va dirigida a la prodigalidad de su aplicación en el siglo en que él vive. Este problema supone el más directo enfrentamiento con las ideas que Lardizábal encuentra expuestas en el «*Dei delitti...*» italiano, y otorga razón a todos aquellos que se han negado a ver en aquel al simple introductor español de las ideas beccarianas<sup>40</sup>. Lo cual, sin embargo, no quiere decir que los párrafos del «Discurso sobre las penas» dedicados a este punto concreto sean originales y de gran profundidad. Casi por el contrario, se adivina en los mismos un marcado gusto por viejos y rancios argumentos escolásticos que incluso recuerdan en más de una ocasión, como señala Tomás y Valiente<sup>41</sup>, a los desgraciados razonamientos que Fernando de Zevallos había publicado en 1775 dentro del

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>38</sup> Vid. M. A. Cattaneo: «La pena di morte tra morale e politica nel pensiero dell'Iluminismo», comunicación presentada al Congreso Internacional sobre «La pena de muerte en el mundo», celebrado en Bolonia, 28-30 octubre 1982, y publicada por la *Revista de Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1983, págs. 7-23. La idea citada en pág. 25.

<sup>39</sup> Vid. Beccaria: *Op. cit.*, pág. 121.

<sup>40</sup> Vid., por ejemplo, aparte de las monografías citadas, Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*, ed. Losada, 2.ª ed. Buenos Aires, 1957, tomo I, página 801.

<sup>41</sup> Vid. *Introducción*, cit., pág. 45.

tomo V de una obra de seis, titulada: «La falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas de crimen de Estado contra los soberanos», y de los cuales Menéndez Pelayo ofrece un extracto más que expresivo<sup>42</sup>.

Lardizábal desgrana sus ideas al hilo de las contestaciones que va dando a los argumentos de Beccaria; fundamentalmente se opone a la idea de la escasa ejemplaridad y fuerza disuasoria de la pena capital: «Es verdad que la muerte es un espectáculo momentáneo. Pero no es sólo este espectáculo momentáneo el que sirve de freno: es también la ciencia cierta que cada uno tiene de que si comete tales delitos, perderá el mayor bien que es la vida... De donde se infiere, que si la vista continua de la esclavitud es un freno tan poderoso para contener los delitos, la ciencia continua y cierta de la muerte, más terrible que la esclavitud, deberá ser por la misma razón todavía más poderosa y eficaz»<sup>43</sup>. Pero Lardizábal no llega a la admisión de esta forma de castigo por las dosis de ejemplaridad, fuerza disuasoria o demás consecuencias valiosas que su aplicación pueda generar, sino por su propia actitud política que le presentaba a su soberano dotado de autoridad divina y detentador de un derecho legítimo sobre la vida de sus súbditos: «Negar a las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos»<sup>44</sup>. Sin embargo, el abuso de este derecho del soberano equivale a crueldad y tiranía, y por ello solo cuando vengan creadas situaciones para las que esta pena pueda ser «útil y absolutamente necesaria» es cuando debe ser aplicada; condiciones que parecen ir ligadas a la irrecuperabilidad del delincuente cuando introduce el viejo argumento de que «la pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que es necesario cortar un miembro para conservar el cuerpo»<sup>45</sup>, que tan caro había resultado durante siglos para muchos de los acusados penalmente. En favor de Lardizábal ha de decirse que la anterior frase se enmarca en un contexto que se preocupa casi fundamentalmente de poner énfasis en la moderación y prudencia respecto de la imposición de la pena de muerte, y en criticar ásperamente las formas crueles de ejecución<sup>46</sup>.

C) Mientras Beccaria se opuso a la pena de muerte, Lardizábal la admitió. Pero ambas afirmaciones son susceptibles de matización:

<sup>42</sup> Vid. M. Menéndez Pelayo: *Historia de los heterodoxos españoles*, C.S.I.C., 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1963, tomo V, págs. 369 y ss.

<sup>43</sup> Vid. Lardizábal: *Op. cit.*, cap. V, p. II, núm. 15, págs. 178 y 179.

<sup>44</sup> *Ibidem*, núm. 2, pág. 165.

<sup>45</sup> *Ibidem*, núm. 4, pág. 166.

<sup>46</sup> *Ibidem*, núms. 21, 22, 23, págs. 185-188.

Beccaria no es un abolicionista absoluto, o por lo menos su actitud ante la pena de muerte no es del todo clara; admite dos excepciones a la prohibición de usurpar la vida como consecuencia de haber cometido un delito:

— En primer lugar, cuando el delincuente «aún privado de libertad tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida»<sup>47</sup>.

— En segundo lugar, aduce un motivo de justificación mucho más confuso y de difícil interpretación: Cuando la muerte de un ciudadano «fuese el verdadero y único freno para disuadir a los demás de cometer delitos»<sup>48</sup>.

¿Cómo han de ser interpretados ambos párrafos? Creo que la primera excepción cumple realmente los requisitos de una política singular, es decir, se acepta la aplicación de la pena de muerte fuera de la vida tranquila y pacífica en que se ha de desenvolver un ordenamiento jurídico dentro de una sociedad. Beccaria confirma su exclusión durante «el tranquilo reinado de las leyes», y sólo la ve practicable «cuando la nación recobra o pierde su libertad, o en el tiempo de la anarquía, cuando los desórdenes mismos hacen el papel de las leyes»<sup>49</sup>.

Si la primera excepción argüida por Beccaria puede no menoscabar su abolicionismo, ¿qué decir de la segunda mencionada? Creo que ésta tiene mucho más difícil explicación, y ello fundamentalmente porque revela una seria contradicción dentro del mismo capítulo dedicado a la pena de muerte; como puse antes de manifiesto, toda la crítica de Beccaria hacia este juego máximo se concentra en la, a su juicio, falta de impresión perdurable del mismo, en su escasa ejemplaridad frente a la que ofrece de por vida la condena a un trabajo penoso. ¿Cómo se puede compaginar este argumento central con la aceptación de la segunda excepción, que viene a permitir la imposición de la pena de muerte confiando en su capacidad disuasoria para frenar la comisión de otros delitos? Habría una sola vía para salvar esta incoherencia: entender que dicha excepción, situada, dentro del capítulo reseñado, con anterioridad a los argumentos abolicionistas, queda desmentida por éstos<sup>50</sup>. Esto vendría además avallado por el hecho de que años más tarde, en 1792 y dentro del «Voto»

<sup>47</sup> Vid. Beccaria: *Op. cit.*, cap. XVI, pág. 115.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 118.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pág. 115.

<sup>50</sup> En el mismo sentido, vid., por ejemplo, el trabajo de M. A. Cattaneo ya citado, pág. 18.

ya citado para la reforma del sistema criminal de la Lombardía austríaca, Beccaria señala como única excepción deseable a la prohibición de la pena de muerte, la que se ha consignado aquí en primer lugar, guardando silencio respecto de la segunda.

Lardizábal parte de la aceptación de la pena de muerte, pero dedica páginas enteras para dejar bien claro su espíritu de moderación y la conveniencia de usar de la misma con suma circunspección. Así, si Beccaria, en palabras de Tomás y Valiente, parece salir derrotado ante el argumento de la necesidad política<sup>51</sup>, Lardizábal, por el contrario, utiliza el mismo para tratar de conciliar lo que él considera en su esencia un derecho justo y legítimo dentro del sistema político al que sirve, con las corrientes humanitaristas que se han generado en Francia o Italia y frente a las que no duda en solidarizarse para luchar contra el abuso que había degenerado la justicia intrínseca de la pena de muerte.

No se llevan bien, sin embargo, la aceptación que Lardizábal hace de la pena capital con su tan defendido fin de la reeducación o corrección moral del delincuente que debe perseguirla pero aparte de esta puntualización hay que reconocerle la habilidad que tuvo para ir preparando a lo largo de las páginas del «Discurso...» un campo de cultivo apto para, al final, defender la pena de muerte; quizá aquellas veleidades retribucionistas que yo señalaba como incoherentes dentro del sistema de fines de la pena que nos describía, adquieren en estos párrafos finales de su obra más sentido.

---

<sup>51</sup> Vid. Tomás y Valiente: *Notas*, cit., pág. 203.