

LA FILOSOFÍA PENAL EN LA ILUSTRACIÓN ESPAÑOLA

Luis Prieto Sanchís

Universidad de Castilla- La Mancha

Homenaje al doctor Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

LA FILOSOFÍA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN ESPAÑOLA

Luis Prieto Sanchís
Universidad de Castilla-La Mancha

1. La Ilustración y el Derecho penal. Ideas fundamentales.

Observa el profesor Marino Barbero que es en el siglo XVIII “cuando la humanidad se plantea, por vez primera de forma generalizada, el problema de la existencia de la pena capital”¹. Pero creo que este acertado juicio bien podría extenderse al conjunto del Derecho punitivo, que no recibe respuestas globales y articuladas antes de la segunda mitad del siglo XVIII². Tal vez con la única excepción de Thomasius³, el pensamiento precedente se mostró escasamente crítico con las instituciones penales del Antiguo Régimen o, al menos, esa crítica se dirigió a aspectos parciales, como por ejemplo ocurre con la mayor parte de los defensores de la tolerancia, cuyas propuestas se circunscriben a una destipificación de los delitos de naturaleza religiosa, y no siempre de todos.

Las motivaciones de esta preocupación hacia los problemas penales son seguramente muy variadas, pero, como primera aproximación, cabe constatar que las instituciones punitivas de la época entraban en abierta pugna con los principios básicos de la filosofía ilustrada: con la secularización, incompatible con un Derecho penal concebido como trasunto de la penitencia religiosa; con el racionalismo, que tampoco podía asimilar un sistema jurídico arbitrario y

¹ BARBERO SANTOS, M. “La pena de muerte en el Derecho histórico y actual”, en *La pena de muerte. 6 respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975, p.18.

² Vid. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, vol. I, Assolutismo e codificazione del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976, p.383.

³ Vid. BETEGÓN, J. “Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en el vol. I de *la Historia de los derechos fundamentales*, dirigida por G. Peces-Barba y E. Fernández, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 483 y s.

carente de proporcionalidad; con el utilitarismo, que excluye una concepción expiatoria de la pena donde ésta no reporte ningún beneficio social; con el espíritu humanitario y filantrópico, que había de horrorizarse ante la crueldad de los procedimientos y de los castigos. En suma, si se ha dicho que el siglo XVII fue el de las grandes especulaciones filosóficas, mientras que el XVIII fue el siglo de la acción y de la racionalidad empírica y transformadora⁴ donde “el cielo bajaría a la tierra”⁵, nada tiene de extraño que el pensamiento de las Luces hiciese de los delitos y de las penas uno de los capítulos centrales de su programa reformista. Por eso, no exageraba Montesquieu al decir que la libertad de los individuos “no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas... Nada interesa tanto al género humano como los conocimientos acerca de las reglas que han de observarse en los juicios criminales”⁶.

Naturalmente, no procede exponer aquí con un mínimo detalle el amplio catálogo de propuestas penales y procesales que contiene la rica filosofía ilustrada⁷, aunque cabe decir que la misma ofrece respuesta para los cuatro grandes problemas que presenta el Derecho criminal: cuándo castigar, con qué pena, quién es competente para hacerlo y cómo proceder para que una persona pueda ser sometida al castigo. El primero es el problema sustantivo o de fijación de los supuestos de la intervención penal, del uso de la fuerza por parte del Estado contra un ciudadano; el segundo, intimamente unido al anterior, es el problema de la pena, es decir, de la determinación de la clase y cuantía de la reacción punitiva; el tercero es el problema que pudiéramos denominar competencial acerca de quién es el sujeto llamado a fijar con carácter general los delitos y las penas, y de a quién corresponde el juicio de hecho y de Derecho para la aplicación de un castigo en un caso concreto; por último, el problema procesal se refiere al tipo de actividad que es preciso observar para que la imposición de una pena pueda reputarse legítima.

En el primer capítulo la idea clave es la secularización, un proceso que sin duda alumbra en la centuria anterior, pero que adquiere toda su madurez en el ámbito penal merced a la filosofía ilustrada y a su postulado fundamental

⁴ Vid. CASSIRER, E. *El mito del Estado* (1946), trad. de E. Nicol, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p.209; y más ampliamente en su *Filosofía de la Ilustración* (1932), trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, Buenos Aires, 1950, pp.10 y ss. y 260 y ss.

⁵ HAZARD, P. *El pensamiento europeo en el siglo XVIII* (1946), trad. de J. Marías, Alianza, Madrid, 2ª ed., 1985, p.10.

⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, con Prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, Libro XII, cap. II, p.173. Algo que, casi literalmente, repetiría el ilustrado español Manuel de Lardizábal: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado”, *Discurso sobre las penas* (1782), ed. facsimilar de Porrúa, México, 1982, p.III.

⁷ Un estudio más amplio intento realizar en “La filosofía penal de la Ilustración”, en el vol. II de la ya citada *Historia de los derechos fundamentales* (en prensa).

de la separación entre Derecho y moral. El Estado no es ninguna obra divina, sino un artificio humano al servicio de la seguridad y felicidad de sus componentes y, por ello, en palabras de von Humboldt, “dado que el Estado no puede perseguir otra meta última que la de la seguridad de los ciudadanos, sólo le es lícito perseguir aquellas acciones que se oponen a la consecución de dicha meta”⁸. En consecuencia, la intervención penal debe limitarse a aquellas conductas externas capaces de producir una efectiva lesión de algún bien jurídico relevante; los pensamientos, las meras intenciones o los rasgos de la personalidad han de quedar excluidos de la esfera punitiva. Cuando la ley pretende ir más allá o servir a intereses distintos deja de ser garantía de la libertad y se transforma en una amenaza para la misma; “cuando las leyes limitan la conducta de los ciudadanos más de lo que exige la pública conservación, cuando convierten en delito las acciones indiferentes, entonces directamente las leyes oprimen la libertad”⁹.

Esta idea de que el Derecho penal ha de configurarse como una respuesta frente a conductas o hechos externos y no frente a simples vicios de la personalidad constituye una aportación verdaderamente fundamental de la filosofía ilustrada que, entre otras cosas, había de desembocar en un proceso de destipificación del amplísimo catálogo de conductas castigadas por la legislación del Antiguo Régimen, desterrando prácticas irracionales en las que el hecho delictivo aparecía, a lo sumo, como un síntoma del auténtico motivo que fundamentaba el reproche y que no era otro que la personalidad o enfermedad moral del reo, y en la que consecuentemente el proceso no se concebía como una actividad cognoscitiva dirigida a la constatación de unos sucesos externos, sino como un rito constitutivo de la desviación misma. De ahí, por ejemplo, la insistencia de Condorcet: “yo defino el delito en general como una acción exterior y física que causa inmediata y evidentemente un daño grave a una o más personas...” y ha de ser exterior y física porque “debe ser susceptible de prueba”¹⁰. “La ley penal, añade Bentham, solamente puede obrar dentro de ciertos límites, y su poder se extiende sólo a los actos palpables y susceptibles de pruebas manifiestas”¹¹.

Pero si la filosofía ilustrada obligaba a una importante revisión del catálogo de delitos entonces vigente, debía obligar incluso con mayor razón a

⁸ VON HUMBOLDT, W. *Los límites de la acción del Estado* (1792), edición de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1988, p.149.

⁹ PAGANO, F. M. “Opere filosofiche, politiche e estetiche. Saggi politici”, en *Grande Antologia Filosofica*, M.F. Sciacca (dir.), Marzorati ed., Milano, 1968, vol. XV, p.1196.

¹⁰ CONDORCET, “Inediti” sobre la justicia penal, recogidos por M. Da Passano en “La giustizia penale e la riforma leopoldina in alcuni inediti di Condorcet”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. V, 1975, p.443.

¹¹ BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*, obra extractada de los manuscritos de J. Bentham por E. Dumont, trad. de R. Salas, Madrid, 1821. Hoy en Ed. Nacional, Madrid, 1981, p.327.

una reforma de las penas. Aquí el principio clave es el de utilidad social: “ni la venganza de la ofensa hecha a la sociedad, ni la expiación del delito son los objetos de las penas”; su objeto “no puede ser sino impedir que el delincuente haga otros daños a la sociedad y retraer a los demás de imitar su ejemplo, por medio de la impresión que debe causar en sus ánimos la pena que él padece: y si se puede conseguir este fin con las penas más suaves, no deben emplearse las más severas”¹². Ciertamente, el utilitarismo penal admite muy diferentes desarrollos, algunos compatibles con fórmulas autoritarias o antigarantistas¹³. A grandes trazos, para la literatura ilustrada las penas han de perseguir tres finalidades: la prevención general, entendida como intimidación frente al conjunto de los ciudadanos; y la prevención especial en su doble versión de incapacitación o inocuización del delincuente para la comisión de futuros crímenes, y de reforma o enmienda del mismo; y aún cabría añadir un cuarto sentido de utilidad de naturaleza abiertamente economicista o reparadora, presente en no pocos autores: la obligación de restituir o indemnizar mediante el trabajo —que, a veces, se propone en un régimen muy cercano a la esclavitud— el daño hecho a la sociedad.

Ahora bien, aunque los fines preventivos resultan ser los más centrales o llamativos, tal vez no sea ésta la principal aportación ilustrada, pues, al fin y al cabo, el viejo Derecho, aunque inspirado en un retribucionismo expiatorio, tampoco desconocía el fin de la intimidación y, en menor medida, el de la reforma del culpable. El cambio consiste más bien en que si para el Derecho del Antiguo Régimen la consecución de aquellas finalidades había conducido a un incesante incremento del número y crueldad de las penas¹⁴, la nueva filosofía seguirá aproximadamente el camino inverso: las penas deben ser proporcionadas al delito, es decir, deben ser las estrictamente necesarias; y, por ello, tan dulces o humanitarias como sea posible para alcanzar sus objetivos: “si un hombre tiene a la vista dos delitos, la ley debe presentarle un motivo para abstenerse del mayor. Tendrá este motivo si puede ver que el mayor delito le acarreará mayor pena”¹⁵; que era justo lo contrario de lo que cabía esperar del viejo orden jurídico. En suma, si la Declaración de derechos de 1789 establece que las leyes no deben prever “más que penas estricta y evidentemente necesarias” (art.8), la de 1793 especifica “que las penas deben ser proporcionadas al delito y útiles a la sociedad” (art.15).

¹² FILANGIERI, G. *La Ciencia de la Legislación* (1780-85), trad. de J. de Ribera, Villalpando, Madrid, 1821, Libro III, cap. XVIII, p.313 y s.

¹³ Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), prólogo de N. Bobbio, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2ª ed., 1997, 258 y ss.

¹⁴ Vid. ANTÓN ONECA, J. “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 166, 1964, p.416.

¹⁵ BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*, citado, p.307.

Así pues, la dulzura o suavidad de las penas es en parte un corolario del principio de proporcionalidad, que postula la pena mínima necesaria para cada delito a fin de que el más grave sea siempre tratado con mayor rigor, pero responde también al espíritu humanitario y filantrópico del siglo. Es más, parece que este es un rasgo que los propios ilustrados asociaban al progreso de las Luces y de la cultura: “sería fácil probar, dice Montesquieu, que en todos o en casi todos los Estados de Europa las penas han disminuido o aumentado a medida que se acercaban a la libertad o se alejaban de ella”¹⁶. Obviamente, este enfoque había de tener efectos devastadores para el Derecho penal del Antiguo Régimen y, en efecto, una primera consecuencia será la crítica a cierto tipo de penas, como la de confiscación de bienes o las infamantes, y, desde luego, el rechazo de los suplicios innecesariamente crueles. También la pena de muerte será objeto de la censura ilustrada y, si bien pocos autores llegan a pedir su abolición absoluta, todos recomiendan su estricta limitación, lo que no era poco en la Europa de la época donde, por ejemplo en Francia, se contaban más de cien crímenes castigados con la muerte¹⁷.

Junto a la reforma de delitos y penas, otro capítulo fundamental de la filosofía ilustrada es el relativo al principio de legalidad; principio que entendido simplemente como exigencia de un monopolio punitivo en favor del legislador soberano constituía, sin duda, una vieja aspiración presente a lo largo de todo el proceso de formación del Estado moderno y, por eso, no es extraño encontrar formulaciones del mismo en todo el Antiguo Régimen¹⁸, si bien no pocas veces desmentidas por una práctica jurídica que aún se alimentaba de tradiciones o elementos medievales. La aportación verdaderamente original de la Ilustración se centra en lo que Ferrajoli ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica un requerimiento al propio legislador a fin de que la prescripciones penales sean precisas, claras y dotadas de una denotación empírica taxativa¹⁹. En otras palabras, que el legislador no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas que son garantía de la libertad y de la seguridad; como puede leerse en la Enciclopedia, “toda ley equívoca es injusta, porque castiga sin prevenir. Toda ley que no es clara, nítida, precisa, es perniciosa²⁰; virtudes todas ellas que desembocarán en la exigencia de un Código criminal. A lo que debe sumarse

¹⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de la Leyes*, citado, Libro VI, cap. IX, p.104.

¹⁷ Vid. BARBERO SANTOS, M. *La pena de muerte en el Derecho histórico y actual*, citado, p.45.

¹⁸ Vid. el estudio de LAMARCA, C. “Formación histórica y significado político de la legalidad penal”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº2, 1987, pp. 35 y ss.

¹⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, citado, pp. 387 y ss.

²⁰ DIDEROT D. y D’ALEMBERT, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, voz “Ley”, edición de R. Soriano y A. Porras, Tecnos, Madrid, 2ªed., 1992, p.109.

la irretroactividad, pues, como dice la Declaración de derechos de 1793, “la ley que castiga delitos cometidos antes de su existencia sería una tiranía; el efecto retroactivo dado a una ley sería un delito”.

Naturalmente, esta concepción de la ley penal aparece muy estrechamente conectada a una concepción de la jurisdicción que se ha hecho célebre a través de un pasaje de Montesquieu: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”²¹. La racionalidad de la ley se traslada así a la racionalidad de la interpretación, que ya no puede ser un catálogo de casos y tópicos, sino que ha de convertirse en una operación lógica. Creo que nadie expresó esta idea de forma más clara que Beccaria: “debe el juez proceder en virtud de un silogismo perfecto”, donde la premisa mayor es la norma general que define el tipo penal, la menor la acción enjuiciada, y la consecuencia el fallo, pues “nada hay más peligroso que el axioma recibido de que es necesario consultar el espíritu de la ley”²². Es cierto que esta forma de ver las cosas reposaba en una cierta ingenuidad acerca de la actividad interpretativa, pero tuvo la consecuencia política de alentar un modelo de juez pasivo, neutral y sometido únicamente a la ley, que sigue siendo en gran parte nuestro modelo judicial. Por tanto, la ley penal no puede ser interpretada, pues los ilustrados hacían equivalentes creación e interpretación del Derecho²³, ni, mucho menos, aplicada analógicamente: “nada puede generar mayor transtorno que la extensión en forma ambigua y arbitraria de un supuesto a otro distinto”²⁴.

Finalmente, la reforma de las instituciones procesales venía postulada por la propia reforma del sistema penal. En palabras de Diderot, también el procedimiento criminal debe diseñarse “en beneficio de la seguridad y la libertad del ciudadano”, algo que resultaba abiertamente contradictorio con el modelo entonces vigente, que el mismo autor resume en los siguientes términos: “Parece que el juez se haya esforzado por encontrar un culpable. Al prisionero no se le dice la causa de su detención. Se comienza planteándole cuestiones capciosas. Se le esconden escrupulosamente los cargos y las informaciones. Llamaría gustosamente a todo ello el arte de hacer –no de descubrir– culpables”²⁵. Ante todo, el nuevo proceso ha de estar orientado por cánones de racionalidad capa-

²¹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, citado, Libro XI, cap. VI, p.156.

²² BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, (1764), edición de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, p. 76 y s.

²³ “No se puede interpretar la ley contra ningún ciudadano cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida”, DIDEROT D. y D’ALEMBERT, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, citado, voz “Ley”, p.108.

²⁴ *Ibidem*, p.113.

²⁵ DIDEROT, D. “Observaciones sobre la Instrucción de la emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes” (1770), en *Escritos políticos*, edición de A. Hermosa Andújar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 222 y 232.

ces de asegurar, con la mayor probabilidad posible, la verdad de la acusación formulada; pero partiendo siempre de que la certeza absoluta es inviable y, por tanto, de que cabe el error judicial. En consecuencia, el proceso ha de garantizar una auténtica actividad probatoria, una contradicción entre partes que aporten sus propias pruebas, un juez pasivo que se sitúe como tercero imparcial y, en definitiva, todos los mecanismos que sean necesarios para conducir a una decisión racionalmente fundada.

La columna vertebral del sistema inquisitivo era el modelo de prueba legal y, aunque la opinión ilustrada no fue del todo unánime, poco a poco se abrirá paso la idea de la libre convicción judicial, pues, como dice Bentham, es preciso desterrar “las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción”²⁶. No es el mero ritual de confesiones, testimonios o documentos el que puede fundar una sentencia condenatoria, sino la capacidad o fecundidad explicativa de los medios de prueba lo que puede justificar una decisión cuya base resulta abiertamente cognoscitiva; la legitimidad de una sentencia descansa ante todo en la verdad de los hechos, en la correspondencia entre sus proposiciones y la realidad externa. Y de ahí el principio fundamental de la presunción de inocencia, ya que, como escribe Filangieri, “si para condenar a un hombre a cualquier pena se necesita una certeza moral de que violó la ley, se sigue que cuando el juez carezca de esta certeza moral... no puede condenar como reo al acusado, sin violar las obligaciones de su ministerio, sin ofender la justicia, y sin hacer traición a su conciencia”²⁷.

Un proceso así concebido requería también un nuevo tipo de juez, independiente del poder político, imparcial frente a las partes y predeterminado por la ley, y todo ello será reivindicado también por la Ilustración. Sin embargo, dentro del capítulo procesal, tal vez las páginas más vibrantes de la filosofía iluminista sean las dedicadas a la crítica de la institución del tormento judicial como forma de arrancar la confesión del inculpado, y luego tendremos oportunidad de ver algunos ejemplos. Sin duda, esa crítica debe conectarse en primer lugar al descrédito de la propia confesión: si ésta deja de ser la reina de las pruebas y se convierte en uno de los procedimientos menos fiables para averiguar la verdad, es obvio que la tortura de los reos pierde todo su sentido. Pero, más allá de esas consideraciones, la censura ilustrada se fijará en la ineficacia del tormento, capaz de doblegar la voluntad del inocente débil y de no mover la del culpable robusto, y, sobre todo, en su crueldad. Incluso resulta más recusable que los antiguos juicios de Dios, ya que en éstos “se buscaba la verdad en una experiencia incierta; y en el tormento no sólo se busca la verdad en una

²⁶BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, compilación de E. Dumont, trad. de M. Ossorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, vol. I, p.13.

²⁷FILANGIERI, G. *Ciencia de la Legislación*, citado, Libro III, Cap. XIV, p. 154.

experiencia igualmente incierta, sino que al mismo tiempo se castiga (con una pena cruel e infamante) al acusado antes de descubrir si es delincuente²⁸.

Eliminada la tortura y devaluada la confesión, el nuevo modelo procesal gira en torno a un juicio contradictorio con igualdad de armas en el que el imputado conoce la acusación desde el primer momento, dispone de un derecho de defensa, puede interrogar a los testigos y, en suma, ocupa la posición activa propia de quien todavía es presumido inocente y, por tanto, ciudadano en la plenitud de sus derechos. Como propone Condorcet en su Proyecto de Declaración de derechos, “todo acusado gozará de una entera libertad para usar sus medios naturales de defensa, lo que implica necesariamente la publicidad del proceso, la libertad de designar sus abogados, de comunicar con ellos en cualquier fase de la instrucción, de ser informado de todos los actos del procedimiento y de poder proponer testigos en su favor²⁹. En definitiva, para utilizar palabras de Beccaria³⁰, frente al “proceso ofensivo” la Ilustración propone un Derecho procesal enteramente nuevo, informativo o acusatorio, que todavía hoy no puede considerarse plenamente realizado; como tampoco, dicho sea de paso, se han alcanzado de modo consecuente las exigencias más liberadoras del proyecto penal. Esa es la tarea, tal vez siempre inconclusa, que hoy asume la filosofía del garantismo³¹.

2. La Ilustración española prebeccariana.

En España la filosofía ilustrada tropezó, como es bien sabido, con no pocos obstáculos y así ocurrió lógicamente también en la esfera del Derecho penal y procesal. Hay que advertir, sin embargo, que con anterioridad a la obra de Beccaria y a su benéfica influencia se registran en el pensamiento español algunas voces críticas a propósito de las prácticas punitivas del Antiguo Régimen, si bien es preciso reconocer que tales voces, además de muy minoritarias, carecen en todo caso de una argumentación articulada y más o menos completa sobre los distintos aspectos habitualmente tratados en las contribuciones ilustradas. Por ejemplo, la supresión o la moderación en el uso de la pena de muerte es una idea presente desde antiguo y, entre nosotros, suele citarse el prestigioso nombre de Luis Vives como uno de los primeros críticos de la tortura judicial³².

²⁸ *Ibidem*, Libro III, cap.XI, p. 141.

²⁹ En *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, edición de S. Rials, Hachette, París, 1988, p. 548.

³⁰ BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, citado, p.178 y s.

³¹ La deuda con el pensamiento de las Luces es reconocida por L. Ferrajoli desde la primera página de su magna obra, ya citada, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*.

³² Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F. *La tortura en España. Estudios históricos*, Ariel, Barcelona, 1973, p.141. Sobre la institución del tormento en el Derecho español vid. también G. Martínez Díez, “La tortura judicial en la legislación histórica española”, *Anuario de Historia del Derecho español*, vol. 32, 1962.

Ya en el siglo XVIII, contra la prueba del tormento se manifestó también el benedictino Jerónimo Feijóo, que precisamente fallece el mismo año de la publicación del libro de Beccaria³³. Las razones de la censura no residen tanto en la crueldad o falta de humanidad de los suplicios cuanto en su falibilidad en orden a la obtención de la verdad material. “La tortura es medio sumamente falible en la inquisición de los delitos”, titula la décima de las Paradojas políticas y morales que figuran en el volumen VI de su *Teatro Crítico Universal* (1734): “quien tiene valor para tolerar el cordel, niega la culpa, aunque sea verdadera; quien no la tiene, la confiesa, aunque sea falsa”. De donde se deduce que la tortura no puede servir para averiguar la culpa o inocencia del que la está padeciendo, “sí sólo la flaqueza o fortaleza de su ánimo”. Es más, dado que hemos de presumir mayor fortaleza y ferocidad al criminal que a quien lleva una vida tranquila y honesta, hay que suponer también que existen más posibilidades de que reconozca la culpa un inocente falsamente acusado a que confiese su delito un malhechor insigne³⁴.

Me parece, sin embargo, que la censura del tormento es uno de los pocos rasgos humanitarios que cabe hallar en este erudito preilustrado, más enciclopédico en sus saberes que enciclopedista en su filosofía³⁵. Feijóo, efectivamente, se muestra como un decidido defensor del máximo rigor punitivo propio de la época, no ahorrando elogios para las más atroces formas de quitar la vida, y así tituló la tercera de las Paradojas políticas y morales: “la que se llama clemencia de príncipes y magistrados, perniciosa a los pueblos”, pues, cuando no hay razones especiales, la clemencia es injusticia y aunque sufran los espíritus sensibles, el juez debe actuar con el máximo rigor, sin detenerse ante los más crueles suplicios. Es verdad que con ello ya no se remedian los daños del delito, “pero se precaven otros infinitos del mismo jaez. Los delitos perdonados son contagiosos y la impunidad de un delincuente inspira a otros osadía para serlo”³⁶. El mismo sentido justiciero tiene su crítica a las dilaciones judiciales; en la Balanza de Astrea o recta administración de la justicia³⁷ clama contra la excesiva duración de los procesos, pero no porque ello pueda perjudicar al inocente, sino porque puede beneficiar al culpable, templando el

³³ Sobre las ideas penales de Feijóo vid. V. Silva Melero, “La faceta criminológica en el pensamiento del Padre Feijóo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1956; y E. Pérez Ferrer, “Ideas penales y penitenciarias del Padre Feijóo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1964, nº 166.

³⁴ Las Paradojas políticas y morales se recogen en las *Obras escogidas* de Fray Benito Jerónimo Feijóo, con un estudio preliminar de V. de la Fuente, Biblioteca de Autores Españoles, Ed. Atlas, Madrid, 1952; la décima de las Paradojas en pp. 289 y ss.

³⁵ Según G. Marañón, Feijóo representa un espíritu enciclopédico, “lo cual quiere decir, exactamente, un espíritu antienciclopedista”, *Ideas biológicas del Padre Feijóo*, Espasa Calpe, Madrid, 1962, p.47.

³⁶ *Obras Escogidas*, citado, p. 280.

³⁷ J. Feijóo, *Teatro Crítico Universal*, vol. III, discurso XI. La Balanza de Astrea figura en la edición del Teatro Crítico de Clásicos Castellanos, con prólogo de A. Millares, Espasa- Calpe, Madrid, 1973, vol. II, pp. 77 y ss.

espíritu de venganza de la opinión pública: “así como va alejándose de la vista el delito... así va haciendo menos impresión en el ánimo; ya se hallan disculpas al hecho más atroz; ya mezclan apotegmas de piedad con los teoremas de la justicia”³⁸. Y esto es precisamente lo que hay que evitar: eliminemos “de toda la república los peligrosos melindres de la piedad”; por ejemplo, entre los indios orientales uno de los castigos consistía en cortar las manos y los pies del reo y “ninguna de estas penas me horroriza”³⁹.

Bien es cierto que, en ocasiones, conviene atenuar el rigor de la justicia; pero no dejan de ser llamativas las razones que enuncia Feijóo: “los méritos antecedentes del reo, su utilidad para la república, una conocida ignorancia o inadvertencia, cualquier inconveniente grave que se siga de su castigo”⁴⁰. En cambio, la minoría de edad no sólo no debe ser causa de clemencia, sino, al contrario, de mayor severidad, pues siendo “más furiosa la concupiscencia y más violenta la ira” mayor ha de ser el castigo a fin de que no crezcan los hábitos viciosos que luego no es posible extirpar; es más, si se aprecia en el joven una malicia superior a la propia de su edad, debe quedar al arbitrio judicial aplicar una pena mayor⁴¹.

Naturalmente, no encontramos en Feijóo la más mínima duda acerca de la necesidad y justicia de la pena de muerte, ni una palabra en favor de la moderación de los suplicios. Al contrario, cabe destacar dos argumentos cuando menos curiosos y poco acordes con las ideas ilustradas: el primero es que, en realidad, el suplicio no es tan cruel como parece y sólo causa un dolor instantáneo, “porque perdiendo el sentido desde el momento mismo que reciben el golpe fatal, todo el tiempo que resta hasta la separación del alma, son troncos más que hombres”, lo que incluso vale para la muerte en la hoguera⁴². El segundo es que la muerte conviene no sólo a la república, sino también al propio reo, pues, muriendo en la horca, “de allí tomaría el camino para el Purgatorio, para pasar después al Cielo, y muriendo en alguno de los encuentros a que es arriesgada su profesión, mucho más probablemente perdería para siempre el alma con la vida”⁴³.

Una figura muy cercana a Feijóo fue la del Padre Sarmiento, quien durante años fue considerado nada menos que el precursor español de Becaria, aunque con toda probabilidad sus escritos sobre la materia fuesen ligeramente posteriores a 1764 y, en todo caso, ni recibieron la influencia del marqués italiano, ni desde luego fueron conocidos por éste. Su contribución

³⁸ *Ibidem*, p.90.

³⁹ *Ibidem*, p.96.

⁴⁰ FEIJÓO, J. *Obras escogidas*, citado, p.278.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 285 y ss.

⁴² *Ibidem*, p.294.

⁴³ FEIJÓO, J. Balanza de Astrea, en la edición y volumen citados del *Teatro crítico Universal*, p.94.

se encuentra recogida en una obra nunca publicada que suele citarse como “Impugnación del escrito de los Abogados de La Coruña contra los foros benedictinos”⁴⁴ y su originalidad más destacada y en verdad poco frecuente en la época es la de sostener un abolicionismo sin matices ni excepciones; algo que, como es sabido, ni siquiera hizo Beccaria. La argumentación resulta ser estrictamente utilitaria; la pena de muerte debe desaparecer, pero no por su crueldad o porque resulte ilegítima desde la perspectiva del contrato social, sino sencillamente porque no es útil a la sociedad: “por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto a la sociedad”; tampoco el efecto ejemplarizante es realmente eficaz, pues cada día se multiplican los delitos a pesar del espectáculo que proporcionan los suplicios. Al parecer, la alternativa no es la privación de libertad, sino la deportación, sacar a “esos malvados de enmedio de la sociedad... en donde por toda su vida *nocere non possint*” y que trabajen encadenados: “si desde que se descubrió América se hubiere pensado en este arbitrio se hubieran utilizado muchos de los ajusticiados; y otros que se deberían ajusticiar, y no estaría España tan poblada de ociosos y gitanos”⁴⁵. La eliminación de la ociosidad y de la mendicidad, que tanto habían crecido en la España de la época, parece ser una de las principales preocupaciones de Sarmiento.

3.- La recepción en España del *De los delitos y de las penas*

No es fácil suponer, en consecuencia, que la cultura española estuviese en condiciones de tributar un cálido recibimiento a las nuevas ideas racionalistas, filantrópicas y secularizadoras, de las que Beccaria era su principal representante. Por eso, señala Tomás y Valiente que el *De los delitos y de las penas* encontró en España una acogida muy desigual y sólo medianamente fecunda a corto plazo, al menos en el plano legislativo⁴⁶. En realidad, cabe pensar que la recepción de la famosa obra no hubo de seguir distinta suerte a las del resto de los “philosophes”, esto es, no exenta de dificultades y siempre con un alcance minoritario.

La primera traducción castellana no aparecerá hasta 1774 y será obra de Juan Antonio de las Casas. Según parece, fue necesario un laborioso proceso burocrático hasta que finalmente se autorizó la impresión del libro. En el dictamen solicitado a la Academia de la Historia se puede leer: “...La Aca-

⁴⁴ Sobre el pensamiento penal del Padre Fray Martín Sarmiento vid. L. González Guitián, “¿Un predecesor de Beccaria?” con numerosas referencias bibliográficas que, por cierto, ponen de relieve que Sarmiento no ha sido tan olvidado como pretenden algunos comentaristas, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XI, 1986-87.

⁴⁵ Tomo las referencias del trabajo de González Guitián citado en nota anterior.

⁴⁶ F. Tomás y Valiente, “Introducción” a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, citado, p. 38.

demia, reflexionando sobre el mérito y dignidad de este tratado, estimó que este inconveniente se puede precaver con un prólogo del traductor en el que se advierta que este es el discurso de un filósofo que hace sus especulaciones, según las ideas que inspira la humanidad, sin ofender el respeto a las leyes que han sido precisas para contener la perversidad de los hombres que no obran ni piensan según aquellos principios⁴⁷. De acuerdo con estas cautelas, el Consejo Real autorizó la publicación, siempre que se advirtiera en la primera página que “el Consejo, conformándose con el parecer del señor Fiscal, ha permitido la impresión y publicación de esta obra sólo para la instrucción pública, sin perjuicio de las leyes del Reino y su puntual observancia”.

Por su parte, el traductor parece que tampoco estaba dispuesto a correr ningún riesgo y declara que si la doctrina del Tratado “no fuese conforme al sentir de nuestra Santa Madre la Iglesia y a las Supremas Regalías de S.M., desde luego, con toda sumisión y respeto, como debemos, la detestamos..., sometiendo nuestro juicio al de nuestros maestros y superiores”. Es de suponer que un libro precedido de tantas advertencias y disculpas tenía que resultar atractivo en una época de férrea censura, al menos para los espíritus ilustrados.

“No dudo que este libro será también honrado por la censura y calumnias del clero, o al menos será considerado como peligroso...”. Así se expresaba en carta a Beccaria, Pietro Giusti, diplomático italiano de la Embajada imperial en Madrid⁴⁸, y ciertamente no se equivocaba, pues el 20 de junio de 1777 el Santo Oficio prohibía el pequeño tratado y su “Comentario escrito por un abogado de provincia”, incluso para los poseedores de licencia⁴⁹. Sin embargo, la censura civil del Consejo real se mantuvo firme frente a la Inquisición y no prohibió el libro; por ello, y a pesar de que el Santo Oficio se incautó de cuantos ejemplares le fue posible, la obra seguiría circulando en España, aunque no se volvió a publicar ninguna nueva edición durante el siglo XVIII⁵⁰.

⁴⁷ Vid. CALABRO, G. “Beccaria e la Spagna”, en *Atti del convegno internazionale su C. Beccaria*, Accademia delle Scienze, Torino, 1966, p.103. Vid. Juan Antonio Delval, “Apéndice” a la edición del libro de Beccaria, Alianza, Madrid, 1968, p.166.

⁴⁸ Vid. J. DELVAL, A. “Apéndice”, citado, p.165.

⁴⁹ Al parecer, la Inquisición no logró identificar a Voltaire como autor del famoso “Comentario”. Vid. M. Defourneaux, *Inquisición y censura de libros en la España del siglo XVIII*, trad. de J.I. Tellechea, Taurus, Madrid, 1973, p.156. Sobre la actitud de la Inquisición ante la obra de Beccaria vid. A. Torio López, “Beccaria y la Inquisición española”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXIV, 1971.

⁵⁰ La traducción de Juan Antonio de las Casas apareció de nuevo en 1820; un año después se publica la traducción de Juan de Rivera y en 1822 se edita de nuevo en París la traducción castellana del primero, junto con el Comentario de Voltaire, la respuesta de Verri a las observaciones de Facchinei, erróneamente atribuida a Beccaria, las observaciones de Hautefort, las Consideraciones de Roederer sobre la pena de muerte y las numerosas notas de Diderot, Morellet, Brissot de Warville, Mirabeau, Servan, Ricci, etc. Vid. Q. Saldaña, “Estudio Preliminar” al libro de Beccaria, Ed. Hernando, Madrid, 1930, p.20, y J. A. Delval, “Apéndice”, citado, p.189.

No sólo la Inquisición, también el pensamiento “tradicional” español se vio en la necesidad de refutar la nueva filosofía penal y, en concreto, la obra de Beccaria. En el mismo año en que apareció la traducción española, se publicaron seis gruesos volúmenes que llevaban el expresivo título de *La falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas de crimen de Estado contra los soberanos y sus regalías, contra los magistrados y potestades legítimas*⁵¹. Su autor era el monje Jerónimo Fray Fernando de Ceballos y Mier. Para hacernos una idea de su pensamiento basta leer los encendidos elogios que le dedica Marcelino Menéndez y Pelayo: “Su vida fue una continua y laboriosa cruzada contra el enciclopedismo..., así en sus principios como en sus más remotas derivaciones y consecuencias sociales, que él vio con claridad semiprofética... La falsa filosofía, si estuviera acabada, sería una antienciclopedia”⁵². En principio, el autor pensaba publicar doce volúmenes de la Falsa filosofía, pero no pasó del sexto, ya que se le negaron las licencias de impresión. Según Menéndez y Pelayo, esta prohibición estuvo motivada por las censuras que en los volúmenes editados se hacía del pensamiento de Montesquieu y Beccaria, así como a su tibieza en el asunto de las regalías⁵³. Esto último es mucho más probable que lo primero⁵⁴. Sabemos también que Ceballos escribió un Examen del libro de Beccaria sobre los delitos y las penas, pero, al igual que otras muchas obras suyas, quedaría inédita⁵⁵.

Las palabras del monje español acerca de la pena de muerte y de la tortura son extraordinariamente reaccionarias. Según Ceballos, la actitud humanitaria de la Ilustración frente a los castigos no es más que una forma egoísta de defenderse frente a las justas iras del Estado. Es lógico que los *philosophes* censuren la tortura judicial y la pena de muerte, y es que su fin es la anarquía y la disolución de las costumbres y de la moral; si pudieran destruir las penas, que constituyen el fundamento de la ley, quedaría abierto el camino hacia sus disolutos fines. Uno de los libros más impíos es el “tratadito”, contra el que argumenta así: “Dios no debe a ninguna criatura la vida que le ha dado y puede quitársela con tanta alabanza y gloria cuanta merece porque se la dio... la muerte, pues,

⁵¹ HERRERO, J. propone los años de 1775-76 como fecha de publicación de esta “Falsa filosofía”, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1971, p.91. Parece, sin embargo, que en 1775 se producía una segunda impresión, vid. M. Menéndez y Pelayo, *Historia de los heterodoxos españoles* (1880-82), Biblioteca de Autores Cristianos, 3ª ed. Madrid, 1978, Libro VI, cap. III y VII, pp.587 y ss.

⁵² MENÉNDEZ Y PELAYO, M. *Historia de los heterodoxos españoles*, citado, p. 586.

⁵³ *Ibidem*, p.595.

⁵⁴ Con razón R. HERR pone en duda que el tropiezo del padre Ceballos tuviera relación con sus críticas a Montesquieu y Beccaria, *España y la revolución del siglo XVIII*, trad. de E. Fernández Mel, Aguilar, Madrid, 1975, 178, nota 45.

⁵⁵ Vid. DEFOURNEAUX, M. *Inquisición y censura...*, citado, p.206; también M. Menéndez y Pelayo, *Historia de los heterodoxos españoles*, citado, p.587.

no es injuria cuando viene de la mano de aquel que graciosamente nos ha dado la vida” y “lo mismo se debe decir de cualquier otro que en nombre de Dios y por sus órdenes quitase la vida a ciertos hombres, aun cuando por parte de éstos no hubiera culpa”⁵⁶. Hasta el propio Menéndez y Pelayo queda asombrado ante esta justificación del derecho de los príncipes sobre la vida de sus súbditos, incluso aunque éstos sean inocentes; “para rebatir las teorías penales del abuelo de Manzoni, dice el autor de los *Heterodoxos*, para defender el derecho de castigar y la pena de muerte, no era preciso extremar tanto el intento contrario”⁵⁷.

Ciertamente, no todos los españoles pensaban como Fernando de Ceballos; entre ellos, el libro de Beccaria mereció comentarios de elogio y, sobre todo, sirvió de ejemplo, aunque a los reformadores españoles las nuevas ideas de la filosofía penal les pudiesen parecer en algún aspecto excesivamente radicales. Es seguro que el *De los delitos y las penas* era conocido en España antes de 1774, es decir, antes de la traducción de Juan Antonio de las Casas⁵⁸. Por lo menos, no cabe duda que Jovellanos sí lo conocía, pues en su obra *El delincuente honrado*, escrita hacia 1773, se reproduce un fragmento de la Introducción del libro de Beccaria⁵⁹. Sin embargo, a pesar de lo que dicen Sarrailh y Delval⁶⁰, es mucho más dudoso que el libro de Beccaria inspirase la disertación contra la tortura de Alfonso María de Acevedo⁶¹, que, por cierto, también mereció la réplica del pensamiento conservador⁶².

⁵⁶ Citado por HERRERO, J. *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, citado, p.103.

⁵⁷ MENÉNDEZ PELAYO, M. *Historia de los heterodoxos españoles*, citado, p.154.

⁵⁸ Recordemos que, según Menéndez y Pelayo, las dificultades que encontró Ceballos se debieron a su crítica del *Espíritu de las leyes* y del *Tratado* de Beccaria, “dos libros entonces venerados como divinos y que todo juriscónsulto ponía sobre su cabeza”, *Historia de los heterodoxos españoles*, citado, p.595. También J.L. Abellán afirma que hacia 1774 el *Tratado* de Beccaria “estaba siendo muy leído en España”, *Historia crítica del pensamiento español*, Espasa, Madrid, 1981, vol.III, pp.529 y 846.

⁵⁹ “Dichoso yo si he logrado inspirar aquel dulce horror con que responden las almas sensibles al que defiende los derechos de la humanidad”, vid. J. Sarrailh, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (1954), trad. de A. Alatorre, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, 541; J.L. Abellán, *Historia crítica...*, citado, vol.III, p.529. Al margen de otras referencias penales contenidas en *El delincuente honrado*, parece ser que, desempeñando el cargo de alcalde del crimen en la Audiencia de Sevilla, Jovellanos redactó un Informe sobre la abolición de la prueba de tormento, otro sobre el interrogatorio de los reos y un tercero sobre la reforma de las cárceles, todos ellos perdidos. Vid. el Estudio Preliminar de S. Mollfuleda a FORNER, J.P. *Discurso sobre la tortura*, Crítica, Barcelona, 1990, p. 95.

⁶⁰ SARRAILH, J. *La España ilustrada...*, citado, p.540; J.A. Delval, “Apéndice”, citado, p.169.

⁶¹ *Ensayo acerca de la tortura o cuestión del tormento; de la absolución de los reos que niegan en el potro de los delitos que se les imputan y de la abolición del uso de la tortura principalmente en los Tribunales eclesiásticos*, Madrid, 1817. La primera edición es de 1770, escrita en latín. El libro, dice Tomás y Valiente, es mediocre y poco sólido y en él la influencia de Beccaria era nula o escasa, “Intruducción” a la citada edición del libro de Beccaria, p.41. M. Domínguez Ortiz, en cambio, dice que el libro de Acevedo constituye “uno de los más sazonados frutos de la literatura ilustrada, trabajo serio, lleno de argumentos irrefutables”, *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Ariel, Barcelona, 1976, p.334.

⁶² DE CASTRO, P. *Defensa de la tortura*, Madrid, 1778. La obra fue escrita en 1772 y presentada a la Academia de la Historia, que la rechazó; en cambio, el Colegio de Abogados de Madrid le ofreció su apoyo. Vid. M. Domínguez Ortiz, *Sociedad y Estado...*, citado, p.334; F. Tomás y Valiente, “La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España”, en *La tortura en España*, citado, pp. 147 y ss.

Por otro lado, en un oficio de Manuel de Roda, ministro de Justicia de Carlos III, fechado en 1776, se pedirá al Consejo que estudie la legislación penal a fin de reformarla. Esta Real consulta aparece redactada en términos inequívocamente ilustrados: “Quiere S.M. se considere si la pena capital, que se va ya desterrando en algunos países cultos, se pudiera conmutar en otro castigo de duración, para que sea más permanente el ejemplo, que contenga a los demás, y sirva de corrección y enmienda a los mismos reos, y de utilidad y beneficio público”. Y, junto a la abolición de la pena de muerte, se propone también la supresión del tormento judicial “por ser prueba muy falible, dudarse de su justificación, y manifestar la experiencia con frecuentes ejemplos pasarlo sin confesar sus delitos los reos más atroces, y no haberlo podido sufrir muchos inocentes, declarando los delitos que no habían cometido”⁶³. Finalmente, se propone la formación de un Código Criminal que, según cuenta De Rivacoba, el Consejo tuvo culminado en 1785, quedando su promulgación frustrada por la muerte del rey⁶⁴. Dice Sarrailh que Beccaria fue el inspirador de este intento reformista⁶⁵, opinión que puede ser acertada por lo que se refiere a Manuel de Roda, pero más difícil de aceptar para la corte de Carlos III en su conjunto, pues en el mismo año de 1764 en que apareció el Tratado se intentó resucitar el Decreto de Felipe V que castigaba con la muerte el simple hurto de cincuenta pesos cometido en Madrid. Lo que sin duda sí estimuló el Oficio del Ministro fue la redacción de la obra acaso más significativa de la Ilustración penal española, el *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*⁶⁶ de Manuel Lardizábal, quien llegó a ser Fiscal del Supremo Consejo de Castilla.

Un revolucionario francés, Brissot de Warville, escribió a propósito de la obra de Pedro de Castro: “!Pero en qué grado de ignorancia se encuentra todavía España cuando existen enemigos de la verdad y de la humanidad dispuestos a defender una causa atroz con argumentos tan ridículos”, “Reflexions de l’editeur sur le Traité de la torture par M. Sonnenfeld et sus plusieurs autres ouvrages relatifs au même sujet”, en *Bibliothèque Philosophique du Legislateur, du politique et du jurisconsulte*, Berlín, Paris, 1780-85, vol.IV, p.179. La contestación del español en una revista francesa dio lugar a una réplica de Brissot publicada en El espíritu de los mejores diarios, que, según Herr, contenía alguna de las escasísimas irreverencias que aparecieron en la España del XVIII, *España y la revolución del siglo XVIII*, citado, p.52.

⁶³ SEMPERE Y GUARINOS, J. *Ensayo de una Biblioteca española de los mejores escritores del Reynado de Carlos III*, Imprenta Real, Madrid, 1785-89, vol.III, pp.167 y ss. Se reproduce también en M. de Rivacoba, Lardizábal, un penalista ilustrado, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964, pp.35 y ss.

⁶⁴ DE RIVACOBA, M. *Lardizábal...*, citado, p.44. Vid. también J.R. Casabó, “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XXII, 1969.

⁶⁵ SARRAILH, J. *La España ilustrada...*, citado, p. 540.

⁶⁶ La 1ª edición aparece en Madrid por la Imprenta Ibarra, 1782. Como ya he señalado, cito por la edición facsimilar de Porrúa, México, 1982, con Prólogo de J. Piña y Palacios.

4. Principales contribuciones de la Ilustración penal española.

Aunque el menor elogio que se ha hecho de Lardizábal es calificarlo como el “Beccaria español”⁶⁷, lo cierto es que sus posiciones reformistas son mucho menos decididas y manifiestamente más complacientes con el sistema penal del Antiguo Régimen; es más, como recuerda Antón Oneca, siempre que el marqués italiano aparece expresamente citado en el Discurso es con el propósito de contradecirle⁶⁸. Y es que, como en otros ilustrados españoles, se aprecia en Lardizábal un espíritu de compromiso entre el viejo y el nuevo mundo que le conduce a sostener tesis eclécticas cuando no contradictorias, incapaces de romper de forma resuelta con los fundamentos ideológicos que inspiraban la práctica criminal, y en el fondo también la forma de organización política, de la monarquía absoluta. Un ejemplo sobresaliente de esa vacilación se aprecia en la concepción del *ius puniendi*, asunto que mucho preocupaba en la Ilustración. Frente al nítido contractualismo de Beccaria, que no encontraba otro fundamento al derecho de castigar que la voluntaria cesión de ciertos fragmentos de la libertad natural por parte de los individuos, Lardizábal parece oscilar entre el pacto social y el derecho divino de los reyes: “tienen pues las supremas potestades una superioridad legítima sobre todos los ciudadanos que componen la república, dimanada ya del consentimiento de los hombres, ya de la disposición divina; pero que los hombres no pueden revocar”⁶⁹. Vacilación que finalmente se inclina en favor de las supremas potestades, pues si bien éstas tienen una suerte de obligación moral de preservar la seguridad, la paz y la justicia, el modo de hacerlo depende enteramente de su libre e indiscutible voluntad.

En realidad, este contractualismo poco consecuente, que parece más bien una concesión a la moda de la época, se conecta a una cierta forma de historicismo muy cercano al escepticismo moral. En efecto, un rasgo típico de la Ilustración, incluso de aquélla que tanto atendía a los factores climáticos, consistía en sostener una concepción abstracta y racional de la justicia, suponiendo que, por encima de las diferencias, era posible encontrar un orden moral tan indiscutible como el orden físico, orden moral que en la segunda mitad del XVIII se plasmaría en los derechos naturales; de una “bondad absoluta de las leyes” hablaba por ejemplo Filangieri. Lardizábal, por el contrario,

⁶⁷ La expresión es de Q. Saldaña, “Estudio Preliminar”, citado, p.26, aunque al parecer ya figura en P. Dorado. Digo el menor elogio porque, según Rivacoba, *Lardizábal...*, p.50 y s., los méritos del español son muy superiores.

⁶⁸ ANTÓN ONECA, J. “El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966, nº 174, p.621. En realidad, el autor que parece suscitar la admiración de Lardizábal es Montesquieu. Para una sosegada comparación entre Beccaria y Lardizábal vid. también J. Betegón, “Lardizábal: Discurso sobre las penas”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1985, pp. 669 y ss.

⁶⁹ LARDIZÁBAL, M. *Discurso sobre las penas*, citado, p.171.

concede demasiado a la historia, de manera que la justicia o corrección de un sistema penal depende de las circunstancias de la nación y, por eso, “las leyes que establecieron nuestros mayores –que eran ejemplo de tiranía sanguinaria para los ilustrados– aunque muy rígidas y severas, no merecen propiamente hablando la nota de crueles, porque las circunstancias del tiempo pedían toda su severidad”⁷⁰. En otras palabras, no es una razón abstracta e intemporal, ni los imprescriptibles derechos humanos, quienes condenan el pasado y reclaman un nuevo sistema penal; son sólo las particulares condiciones de cultura y civilización alcanzadas a finales del XVIII.

Naturalmente, hay en Lardizábal muchos rasgos propios de la Ilustración, aunque siempre en su versión más debilitada. Así, su definición de delito parece plenamente moderna y secularizada: “sólo las acciones externas que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares son delito”, por lo que no pueden castigarse ni los actos puramente internos, ni las acciones externas indiferentes⁷¹. Pero esto no le impide aceptar la existencia de algunos delitos religiosos, cuya pena espiritual puede ser reforzada por una pena civil, como es el caso del sacrilegio o de la herejía, que incluso debe ser castigada con penas graves⁷². En cambio, se muestra como un crítico implacable de la institución del tormento, rebatiendo de forma pormenorizada la defensa que de la misma había realizado el ya conocido Pedro de Castro; la tortura, dice Lardizábal, no es prueba de la verdad, sino sólo de la robustez o delicadeza de los miembros del atormentado, “una prueba de bomba judicial”⁷³.

Como era opinión común en la época, para Lardizábal las penas cumplen finalidades de prevención especial (la enmienda del delincuente) y general (la intimidación)⁷⁴ y además han de ser proporcionadas, públicas, prontas, análogas al delito que pretenden sancionar y tan benignas como fuera posible. Sin embargo, este enfoque plenamente ilustrado se conjuga con la defensa de un arcaico principio de desigualdad penal, según el cual “un noble, por ejemplo, no debe ser castigado con el mismo género de pena que un plebeyo”⁷⁵; y, desde luego, se conjuga también con una argumentación favorable a la pena de muerte, que “ni es injusta, ni contraria al derecho natural”⁷⁶, aunque, eso sí, se recomienda circunspección y prudencia en su aplicación; la pena de muerte

⁷⁰ *Ibidem*, p.12.

⁷¹ *Ibidem*, p.97 y 21.

⁷² *Ibidem*, p.39 y 105.

⁷³ *Ibidem*, p. 244.

⁷⁴ En realidad, como recuerda ANTÓN ONECA, J., en Beccaria no figura la finalidad de prevención especial, razón por la cual considera el planteamiento de Lardizábal más complejo y acertado, *El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, citado, p. 621.

⁷⁵ *Discurso sobre las penas*, p.144.

⁷⁶ *Ibidem*, p.182 y, en general sobre la pena de muerte, pp.164 y ss.

debe reservarse sólo para los más graves delitos y ejecutarse sin crueldades innecesarias.

Finalmente, Lardizábal se muestra también como un firme partidario del principio de legalidad penal y, por tanto, como un crítico del arbitrio judicial: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador”⁷⁷. Sin embargo, se aprecia también aquí una cierta inconsecuencia que lo aleja del estricto legalismo de Montesquieu o Beccaria y que abre la puerta, si no a la analogía penal, sí a la interpretación extensiva “porque muchas veces es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares, que siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras”⁷⁸.

Una atención especial merece la figura de Juan Pablo Forner, uno de los personajes más eruditos y contradictorios de la cultura española de la segunda mitad del siglo XVIII, elogiado y descalificado desde todas las ópticas ideológicas, unas veces como representante del más rancio pensamiento y otras como heraldo de las nuevas ideas ilustradas⁷⁹. Sea como fuere, su Discurso sobre la tortura, redactado hacia 1792, aunque no publicado hasta época reciente, representa tal vez una de las contribuciones españolas más interesantes a la crítica de las instituciones procesales desde una concepción liberal; instituciones que, a juicio del autor, son las que requieren “mayor tiento” de la legislación criminal, pues han de saber combinar la persecución del delito con la protección de la inocencia, lo que constituye “objeto primario de las sociedades civiles”⁸⁰.

A pesar de que la profusión de citas clásicas contrasta llamativamente con la omisión de las fuentes ilustradas del XVIII, y a pesar de que el objeto fundamental del libro era combatir una institución ya entonces mil veces criticada y prácticamente obsoleta, el *Discurso sobre la tortura* resulta bastante significativo porque en él se contienen algunas sugerencias acerca de los juicios y del modelo probatorio que bien pudieran asumirse por la codificación liberal. Así, tras criticar el arbitrio judicial y las costumbres bárbaras

⁷⁷ *Ibidem*, p.70.

⁷⁸ *Ibidem*, p.75. Lo que era coherente con una ley de Carlos III donde se ordenaba que “a los reos por cuyos delitos, según la expresión literal de la ley o equivalencia de razón de las leyes penales del Reino, corresponda la pena capital, se les imponga ésta con toda exactitud”, p.79.

⁷⁹ Sobre estos juicios abiertamente contradictorios a propósito de Forner puede verse el Prólogo de F. López a FORNER, J. P. *Discurso sobre el modo de escribir y mejorar la historia de España*, Labor, Barcelona, 1973; así como el Estudio Preliminar de S. Mollfuleda a J. P. Forner, *Discurso sobre la tortura*, citado. En relación con el pensamiento penal de Forner y además de la obra últimamente citada, vid. también la edición de M. Rivacoba, Juan Pablo Forner, *Discurso sobre la tortura*, Edeval, Valparaíso, 1990; A. Serrano Maíllo, “Bicentenario de las ‘Nuevas consideraciones sobre la perplejidad de la tortura’ de Juan Pablo Forner”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, 1993, pp. 747 y ss.

⁸⁰ FORNER, J.P. *Discurso sobre la tortura*, utilizo la edición ya citada de S. Mollfuleda, p.141.

que los doctores han introducido o respaldado en contra de la ley, escribe Forner: “No se puede leer sin indignación que un indicio remotísimo, vago, frágil, incierto, presta suficiente fundamento no ya para proceder a investigaciones más seguras..., sino para asaltar con mano armada a un ciudadano incauto; conducirlo atado en son de malhechor a un calabozo hediondo; despojarle de la posesión de sus bienes...”⁸¹. Y es que la duda, la conciencia de que toda afirmación sobre los hechos de la acusación es tan sólo probable, debe presidir siempre la actuación judicial: “las pruebas evidentes, indubitables y demostrativas, son harto raras” y, por eso, “una presunción, por grande que sea, no pasa de los términos de la duda; inclina, pero no asegura; induce, pero no convence; quiere persuadir, pero no concluye para la persuasión”⁸². En suma, castigar por sospechas y sin total certidumbre representa una violación del propio fundamento de la sociedad política, que es defender al inocente.

En esta falta de certidumbre reside la crítica principal a la institución del tormento. Al margen de ser un suplicio bárbaro y atroz, la tortura resulta ser una prueba sumamente falible: “la incertidumbre del tormento es tanto mayor que la de las presunciones, cuanto éstas, nacidas muchas veces de la circunstancia y accidentes del hecho, tienen relación y conexión íntima con él; y la confesión forzada del reo es un acto totalmente inconexo con el hecho independiente del delito, y que sólo tiene relación con el potro y los cordeles que la arrancan... La tortura, pues, atendida su incertidumbre, no pasa de los términos de un mero indicio, e incluso debilísimo y fragilísimo”⁸³. Forner no llega a plantear el principio de la libre convicción judicial, que es la pieza clave del nuevo proceso penal, pero su insistencia en el carácter meramente probable del conocimiento judicial, realizado sin duda al hilo del muy incierto tormento pero extensible a todos los indicios, creo que representa la premisa teórica indispensable para la sustitución del modelo de prueba tasada por el sistema garantista de la libre convicción.

Discípulo de Lardizábal y seguidor de Beccaria fue José Marcos Gutierrez, autor de una *Práctica Criminal* publicada en Madrid en 1804 en la que se incluye un “Discurso sobre los delitos y las penas” en donde los ecos de Beccaria se perciben con bastante nitidez, a pesar de que no lo cita de forma directa. Así, utilizando unos argumentos ya familiares, arremete contra el tormento judicial diciendo que es una práctica “que sólo sirve para conocer la mayor o menor robustez, el mayor o menor ánimo de los reos, y no para descubrir la verdad que se busca”; una práctica “en que los delicados y pacatos inocentes están mucho más expuestos a confesar los delitos que

⁸¹ *Ibidem*, p. 145.

⁸² *Ibidem*, p. 172 y s.

⁸³ *Ibidem*, pp. 177 y 182.

no han cometido, que los duros y feroces delincuentes a declarar los que han perpetrado”⁸⁴.

Sin embargo, en opinión de Tomás y Valiente, el jurista español más cercano al pensamiento de Beccaria fue Meléndez Valdés. Hay en él más calor de humanidad y, a pesar de que ejerció bastantes años como fiscal, tiende siempre a moderar las penas y a imputar a la sociedad parte de responsabilidad en los delitos que se cometen⁸⁵. Como dice Sarrailh, sus peticiones fiscales, en ocasiones de pena de muerte, se ven siempre acompañadas de conmovedores discursos en los que se muestra lástima por el delincuente y, sobre todo, por el estado de pobreza y de incultura que propicia la comisión de numerosos crímenes⁸⁶. Así, tras narrar con vehemencia un caso de parricidio, Meléndez Valdés apela a la “clara luz de la moral y de la filosofía”, enumerando todos los motivos de atenuación que pueden concurrir en un delito; y concluye con unas palabras de clara evocación beccariana: “digan lo que quieran las plumas de bronce de algunos sanguinarios criminalistas, que sólo ven la justicia cuando acompañan su augusto simulacro el horror y las lágrimas... (cualquier pena) superior a la ofensa recibida, al ánimo maléfico y torcido del que la cometió o no necesaria al escarmiento público, es una tiranía, un atropellamiento, una inútil barbaridad, en vez de una justicia y saludable reparación” .

Pero en Meléndez Valdés no encontramos sólo expresiones de lástima hacia el delincuente, sino que, aunque sea de forma poco sistemática y con un estilo algo retórico, aparecen en sus escritos la mayor parte de los enfoques y propuestas de la Ilustración: la idea de que la legislación es una ciencia cuando se deja iluminar por la razón y por la filosofía, abandonando la escolástica romanista que se enseña en las Universidades españolas⁸⁸; el convencimiento de que una buena jurisprudencia no ha de ser el fruto de viejas costumbres y prejuicios, sino la tarea de una sabia legislación en la que la política se reuna finalmente con la filosofía⁸⁹; la defensa del principio de legalidad, pues cuando el Derecho se asiente en “principios sólidos, inmutables y luminosos” sólo deberá hablar la ley “y nunca el ciego arbitrio ni la voz privada del juez”⁹⁰. Y,

⁸⁴ GUTIÉRREZ, J.M. *Práctica Criminal de España* (1804) 3ª ed, Villalpando, Madrid, 1824, p.280. En realidad, con alguna excepción que ya se ha visto, la opinión contra la tortura parece generalizada a finales del XVIII; por ejemplo, V. Vizcaino Pérez explica su forma de aplicación aunque la califica de prueba dura y horrorosa, *Código y Práctica Criminal arreglado a las leyes de España*, Viuda de Ibarra, tomo II, libro III, Madrid, 1797, pp.356 y ss.

⁸⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. “Introducción” al libro de Beccaria, citado, p.46 y s.

⁸⁶ SARRAILH, J. *La España ilustrada...*, citado, pp. 541 y ss.

⁸⁷ MELÉNDEZ VALDÉS, J. “Acusación fical” por un delito de parricidio, en *Discursos Forenses*, Fundación Banco Exterior, Madrid, 1986, p.56

⁸⁸ MELÉNDEZ VALDÉS, J. “Discurso con motivo de la inauguración de la Audiencia de Extremadura”(1791), en *Discursos Forenses*, citado, p.131.

⁸⁹ *Ibidem*, p.136.

⁹⁰ *Ibidem*, p.135.

en fin, la necesidad de un código criminal que garantice la seguridad de los ciudadanos y la uniforme aplicación de la ley.

En la esfera más estrictamente penal, la posición de Meléndez Valdés resulta asimismo fiduciaria de la obra de Beccaria: en la concepción secularizada de lo que puede castigarse como delito, pues “no toda acción mala es luego delincuente”, sino sólo cuando turba el orden público; en la crítica al modelo procesal inquisitivo, a la tortura judicial y al papel de la delación; en la defensa de una pena proporcional, análoga y pronta; en la crítica a las leyes prolijas y confusas que abren la puerta al arbitrio judicial, etc.⁹¹. Un programa penal que el ilustrado español formula en términos invocatorios, tal vez confiando en las luces del gobierno de Carlos IV: “Ah! si nuestras gloriosas vigiliass hiciesen con el tiempo menos dura la condición del delincuente en sus prisiones; si alcanzasen a hacer menos común su arresto sin riesgo de su fuga; si abreviasen o simplificasen las pruebas de su defensa o su condenación; si hiciesen más pronto y más igual, más análogo el castigo con la ofensa; si lograsen desterrar... esa práctica dolorosa, inútil, indecente, ese horrible tormento proscrito ya de todas las naciones... si arrancasen un sólo inocente del suplicio...”⁹².

Pero será en los últimos años del siglo XVIII y en la primera mitad del siguiente cuando el pensamiento ilustrado en materia penal ejerza mayor influencia en España, como lo demuestra el hecho de que entre 1820 y 1830 se publiquen cinco ediciones en castellano de la famosa obra de Beccaria. Incluso en 1836 aparece un “Comentario” firmado por Ramón Salas, acompañado del *Tratado de las virtudes y de los premios* de Jacinto Dragonetti; es muy probable que Ramón Salas, traductor de Bentham y de Destutt de Tracy, escribiese su trabajo algunos años antes, pero que no pudiese publicarlo⁹³. Y, naturalmente, sabemos que las opiniones de Beccaria, Lardizábal, Filangieri o Bentham fueron citadas y discutidas en la preparación del primer Código Penal de 1822⁹⁴; en particular, parece que el propósito de orden y racionalidad en la clasificación de los delitos y de las penas hizo muy notable la influencia de Bentham, cuyo *Plan de legislación* llegó a ser calificado de infalible⁹⁵.

Mucho se ha discutido sobre el carácter de la Ilustración española, e incluso se ha puesto en duda que nuestro país fuese permeable a los vientos de cambio: “sin temor a pecar de exagerados –dice Artola– bien puede decirse que España no llegó a conocer siquiera el espíritu ilustrado. En este siglo

⁹¹ *Ibidem*, p.139.

⁹² *Ibidem*, p.137.

⁹³ Vid. DELVAL, J.A. “Notas” a la edición citada del libro de Beccaria, p. 191.

⁹⁴ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 4ª ed., 1977 vol. I, pp. 757 y s.; J. Antón Oneca, “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XVIII, 1965, pp.263 y ss.

⁹⁵ Vid. DE RIVACOBA, M. *Lardizábal...*, citado, p. 93.

XVIII, en el que el racionalismo adquiere carta de naturaleza en toda Europa, incluso en la lejana Rusia, en este siglo en que el continente entero se considera ignorante y se educa con vistas a un futuro mejor, España, en la seguridad de su fe, permanece inalterable, se niega a verificar las transformaciones políticas, filosóficas y religiosas que caracterizan la época moderna y, en consecuencia, se sale de este modo de la universal corriente espiritual, continuando sola por propia voluntad un camino eterno”⁹⁶. La extensa cita creo que está justificada porque expresa con nitidez una opinión extendida que sin duda es preciso matizar, como por otra parte hace el propio autor de *Los afrancesados*.

En efecto, es cierto que el programa reformista no alcanzó sus objetivos prácticos y que la España de Carlos IV y, sobre todo, de Fernando VII se encaminó de nuevo hacia el pasado; es verdad también que la filosofía política de la segunda mitad del siglo XVIII es casi inexistente y que todos los esfuerzos de la época se centrarán en las aplicaciones de orden económico y administrativo que eran exigidas por el despotismo ilustrado, pero sin que hubiera detrás una cultura y un proyecto transformador bien definidos; también es verdad, en fin, que los minoritarios ideales ilustrados serán en España más el resultado de una importación que el fruto maduro de una evolución interior. Con todo, y tal vez precisamente por ese carácter práctico que tienen las instituciones penales y procesales, no cabe duda que al menos los espíritus más sensibles asumieron la necesidad de una reforma inspirada en principios análogos a los que entonces dominaban en el resto de Europa. Falta en España un tratadista tan oportuno como Beccaria o una figura de la talla de Bentham y, desde luego, falta asimismo el amplísimo debate que se desarrolló, por ejemplo, en Francia en los años de transición entre el Antiguo Régimen y la revolución; y es seguro también que muchas de las propuestas reformistas aparecen en España debilitadas o en forma más cautelosa. Pero, en cualquier caso, tampoco puede negarse que las aportaciones esenciales de la Ilustración penal tuvieron aquí su eco: la secularización de las instituciones, la concepción utilitaria de la pena, la eliminación o moderación en el uso del castigo capital, el rechazo del tormento, la transformación del proceso en un sentido más garantista, etc., son todas ideas presentes en el pensamiento ilustrado español de la segunda mitad del siglo XVIII. Como sabemos, su plasmación práctica en la legislación positiva habría de atravesar, sin embargo, un tortuoso camino en los dos siglos posteriores.

⁹⁶ ARTOLA, M. *Los afrancesados* (1953), Prólogo de G. Marañón, Ed. Turner, Madrid, 1976, p.32.