

TORTURA, PENA DE MUERTE Y DUELO EN LA OBRA DE LOS ACADÉMICOS ILUSTRADOS

BRAE TOMO XCIV • CUADERNO CCCIX • ENERO-JUNIO DE 2014

SUMARIO: I. Algunas prácticas del Antiguo Régimen. II. La reacción ilustrada. III. La crítica de los precursores europeos. IV. El pensamiento ilustrado español. 1.—Los primeros críticos, los primeros debates: Macanaz, Feijóo, Sarmiento, Acevedo, Sempere y Guarinos, Forner. 2.—Manuel Lardizábal, el gran sistematizador. 3.—El duelo. Jovellanos y «El delincuente honrado». 4.—Los discursos forenses de Meléndez Valdés.

I. ALGUNAS PRÁCTICAS DEL ANTIGUO RÉGIMEN

CUANDO Michel de Foucault eligió, en *Surveiller et punir*¹, un ejemplo para describir la crueldad con la que se podía ejecutar la pena de muerte durante el Antiguo Régimen, utilizó el mismo que había empleado Muyard de Vouglans² en el siglo XVIII, aunque no me consta que lo citara: describió, utilizando la crónica publicada en la *Gazette d'Amsterdam* de 1 de abril de 1757, la ejecución de Damiens, condenado el 2 de marzo anterior por una acción que se calificó como atentado a Luis XV pero que no causó ni un rasguño a su majestad. La ejecución, decía la sentencia, tendría lugar en la plaza de Grève, donde solían tener lugar estas ceremonias, de acuerdo con el siguiente procedimiento: deberían serle «atenazadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre todas las partes atenazadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiendo, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento».

El sañudo diseño de la condena a muerte se quedó a mucha distancia de los horrores con que se ejecutó. Lo del azufre, plomo, aceite, pez y resina ardiendo, hirviendo o derretidos, fue fácil de llevar a cabo, pero el desmembramiento constituyó una operación de grandísima dificultad.

¹ M. Foucault, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI editores S.A., 1998.

² Muyard de Vouglans, *Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, Merigot, París, 1780.

Cada miembro fue atado a un caballo (bretón, supongo, que son los más poderosos en Francia) y, al unísono, sus cuidadores provocaron un primer arreón. Sin éxito. Repitieron varias veces, dejando descansar a los caballos al término de cada esfuerzo. Tuvieron que añadir al rato una yunta a los que tiraban de los muslos. Se descoyuntaron los huesos pero no se conseguía el desmembramiento. El verdugo, de nombre Samson, preguntó al escribano si no sería más procedente ejecutar la operación a hachazos. Mientras se lo pensaba y consultaba se dieron algunos tirones más. Pero al final el verdugo y su ayudante tuvieron que sacar cuchillos de sus talegas y actuar sobre las uniones de los muslos con el cuerpo. Luego hicieron lo mismo con los brazos actuando sobre las axilas y los hombros. Y tras esta operación, vuelta a jalea a los caballos que, al fin, consiguieron su objetivo.

Damiens, que había permanecido vivo, gritando, mirando desesperadamente las llagas de su cuerpo, pidiendo perdón, besando el crucifijo que le ofrecían los confesores y hablando con ellos, murió en aquel instante, según proclamó Samson. Pero hubo otros testigos que afirmaron que el verdugo se equivocaba porque se vio a aquel hombre agitarse hasta el momento mismo en que su tronco fue arrojado a la hoguera.

No dice la crónica que la plaza de la Grève rebosaba de público desde muchas horas antes de que el preso fuese conducido en carro hasta allí, sin más vestimenta que una camisa, ante una multitud bullanguera, ebria y gozosa, espectadora ávida de todos los pormenores de la ejecución.

Verdaderamente fue una atrocidad, quizá porque la ejecución se refería a varias condenas acumuladas. En todo caso no representa la forma de practicar la pena de muerte en la época porque había otras alternativas más usuales. Apenas cinco años después, en 1762, un tribunal de Toulouse condenó a muerte a un protestante francés llamado Jean Calas. La condena se complementaba en este caso con el sometimiento del reo a un suplicio previo que tenía por objeto conseguir que delatase a sus cómplices. Se le aplicaron los métodos más habituales de tormento, que consistían en atarle las muñecas por la espalda y tirar de ellas hacia una barra, situada en un plano superior, por medio de un sistema de manivelas y poleas. Mientras se forzaban de esta manera los brazos se sujetaban los pies al suelo o se les fijaban pesos que agravaran la dificultad del levantamiento. También le aplicaron el tormento consistente en obligarle a tragar agua sin límite por medio de un embudo instalado en la boca.

No se consiguió ninguna declaración porque Jean Calas no había asesinado a su hijo, como la condena aseguraba, ni había cómplices porque probablemente se trató de un suicidio. Lo que sí hizo la familia fue bajar el cuerpo de donde lo encontraron colgado, depositarlo en el suelo y denunciar que había sido un asesinato, a efectos de evitar que se diera al desdichado Marc Antoine

Calas el trato que la legislación preveía para los suicidas: el cuerpo podía ser exhumado, arrastrado por las calles de la ciudad, colgado por los pies, y arrojado al vertedero.

La ejecución de Jean Calas se hizo siguiendo el procedimiento más habitual en Francia para este tipo de crímenes: la rueda. Se desarrollaba en dos fases. Durante la primera el condenado era atado a un soporte fijo, normalmente una estructura dispuesta en aspa, como la cruz de San Andrés, y el verdugo, usando una barra de hierro, descargaba golpes violentos al ejecutado hasta conseguir quebrantarle todos los huesos de los brazos y las piernas, de forma que pudieran las extremidades doblarse en cualquier dirección. Alcanzado este resultado se podía iniciar la segunda fase, en la que un ayudante del verdugo pasaba alrededor del cuello del condenado una cuerda arreglada de manera que pudiera tirar violentamente hasta descoyuntar las vértebras cervicales y dejar la cabeza sin fijación. Conseguido el objetivo, el verdugo aplicaba tres fuertes golpes sobre el abdomen hasta romper la estructura del tronco. Entonces el guiñapo resultante de tanta injuria se ataba, en perfecta circunvalación, tocando los talones y la cabeza a la rueda de un carruaje anclada en la parte superior de un poste. Y allí, ya muerto, permanecía para escarmiento y ejemplo del castigo que merecen los homicidas durante los días que el veredicto hubiera determinado.

El cruel invento de la rueda procedía de Alemania y se había empezado a usar en Francia desde un edicto dado por Francisco I en 1534. Pero había otras fórmulas que se aplicaban según el estamento al que perteneciera el delincuente, sus circunstancias personales y la naturaleza del delito cometido. Muyard de Vouglans³, que, por razones que luego se explicarán, hizo muy leída y famosa su obra *Les lois criminelles en France dans leur ordre naturel*, publicada en 1780, describió con minuciosidad las cinco clases de pena de muerte vigentes en su tiempo: descuartizamiento por tiro de caballos, fuego, rueda, horca y degollación. Las de más enrevesada práctica ya han quedado explicadas, y las demás no precisan más detalles.

Estas fórmulas eran comunes en todos los países europeos⁴, pero quizá en España, si atendemos la opinión de Cerdán de Tallada⁵ para el siglo XVI o de

³ Op. cit. nota anterior.

⁴ J. Imbert «*La peine de mort et l'opinion au XVIIIe siècle*», en *Revue de Science Criminelle et de Droit Comparé*, 1964. Y sobre todo, su monografía *La pena de muerte*, Trad. de M. Martínez, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. Además, R. Anchel, *Crimes et châtiments au XVIIIe siècle*, París, Perrin, 1933. M. Barbero Santos, «La pena de muerte en el Derecho histórico y actual», en *La pena de muerte, 6 respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975. F. Guizot, *De la peine de mort en matière politique*, París, 1922.

⁵ El texto, publicado en 1581, se titula «Verdadero Gobierno de esta Monarquía tomando por su propio sujeto la conservación de la paz»; la referencia en el folio 70.

Lardizábal para el XVIII⁶, se aplicaron con menos severidad, algunas de ellas fueron prácticamente desconocidas o se prohibieron o entraron en desuso antes que en Francia o que en otros Estados.

Las Partidas admitían como forma de ejecución el corte de la cabeza a espada o cuchillo, la horca, el fuego o echar el condenado a las bestias. Prohibían en cambio la crucifixión, el despeñamiento y el apedreamiento. Pero estos métodos fueron depurados y quedaron reducidos a la horca, la decapitación y la hoguera. A la altura del siglo XVIII —cuando a Damiens y a Calas se les ejecutó por desmembramiento y en la rueda— en España la fórmula habitual para las clases bajas era la horca (para las altas estaba determinada la degollación: fue la fórmula que se empleó con don Rodrigo Calderón, ejecutado así en la plaza Mayor de Madrid a pesar de que su ejecución dio lugar al dicho «más digno que don Rodrigo en la horca»)⁷. Aunque también debió ser frecuente ajusticiar mediante el garrote porque Lepelletier, con ocasión del debate en la Asamblea francesa en 1791 sobre la pena de muerte, recomendó su aplicación con preferencia a la horca y la guillotina, poniendo como ejemplo su utilización en España⁸.

Había muchas especialidades, no obstante, que se mantuvieron largamente: la Santa Hermandad asaeteaba a los delincuentes en el campo; la Santa Inquisición entregaba a los condenados al brazo secular para que fueran llevados a la hoguera, y los cadáveres ajusticiados de los sodomitas eran quemados «hasta que queden hechos polvo y no quede más memoria de ellos».

En materia de tormento las costumbres europeas eran algo más uniformes.

Existió una regulación formal de la práctica de la tortura, aunque el arbitrio de los jueces para decidir sus formas y ejecutarla fue grandísimo. Su aplicación en España siempre iba precedida de tres amonestaciones al inculpado para que dijera la verdad, bajo juramento y advertencia de la tortura. Si el juez carecía de indicios suficientes no podía aplicarla, pero era frecuente usar la amenaza como «terror verbal», que, según Castillo de Bobadilla⁹, no determinaba

⁶ Lardizábal, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782.

⁷ Remito, por todos, al estudio de F. Ruíz Martín, «El proceso de don Rodrigo Calderón» en S. Muñoz Machado, *Los grandes procesos de la historia de España*, 2.ª ed., Iustel 2010, pág. 377 y sigs.

⁸ Imbert, 81.

⁹ La importante opinión de Castillo de Bobadilla está en su *Política de Corregidores y Señores de vasallos*, edición facsímil, IEA, 1978, de la de Amberes de 1704, donde se queja: «El día de hoy es mucho de dolor y de exclamar lo mucho que se usa el albedrío en los juicios contra o fuera de la disposición de las leyes». Y clama contra los abusos de esta práctica, y que no derivara de ella ninguna responsabilidad.

ninguna responsabilidad para el juez. Cuando se decidía a aplicarla, el magistrado actuante dirigía la operación auxiliado por un escribano que levantaba acta. Algunos de estos textos resultaban de una impresionante precisión.

Por ejemplo: el acta levantada en Madrid el 29 de julio de 1648 describe con todo detalle el desarrollo del tormento practicado contra María Rodríguez y Domingo López. Comienza con el de la acusada, a la que se advierte que ha de decir la verdad. María Rodríguez contesta que no sabía más que lo que tenía dicho. Vuelve a requerirla el juez, «a lo cual dijo que lo que dicho tiene». En seguida su merced mandó al ejecutor que la desnudara y la pusiera amarrada en el potro «pendiente de las aldabillas»; en esta posición la vuelve a requerir. La contestación es la misma y entonces el juez pide al ejecutor que la ajuste al potro y afiance los cordeles con que le han de dar las mancuernas. Y estando en esta disposición se formula por tercera vez el requerimiento, apercibiéndola en esta ocasión que se ejecutará en ella el tormento a que está condenada «y si en él brazo o pierna se le quebrase, o ojo se le saltare, o muriese, será por su quenta, y no por la de su merced; la qual dijo que dize lo que dicho tiene». Y puestas así las cosas, el juez mandó al ejecutor que diese la primera vuelta de la mancuerna empezando a dar tormento.

El acta recoge las respuestas de la torturada, que no reproduciré en toda su extensión, pero véase una muestra: «Santísimo Sacramento, Santísimo Sacramento, que me matan sin culpa. Santísimo Sacramento, ay, ay, ay, ay, que me muero, que mienten como cornudos, ay, ay, ay, ay, que mienten, que mienten, que mienten, repitiéndolo muchas bezes, Justicia de Dios». Y el juez volvió a pedir que dijera la verdad, sin que la torturada dijera nada nuevo, con lo que el tormento siguió, y el relato del acta dice: «Nada sé, que me matan; agua por Dios, por Dios agua, por el Santísimo Sacramento, no sé nada sino que por quitar un jubón me tienen aquí...». Sigue pidiendo agua, el juez ordena otra vuelta de mancuerna a los brazos, y la torturada dice: «Ay, ay, ay, que me matan, mentís, mentís, mentís, repitiendo muchas veces que me matan, Santísimo Sacramento, Santísimo Sacramento, que me matan, sin culpa, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay, que me matan, que me matan, que me matan, Santísimo Sacramento, que me matan, ay, ay, ay, ay, ay, que me matan, ay, ay, Santísimo Sacramento... que me matan sin culpa, agua por Dios, ay, ay, ay, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada, denme agua, no sé nada». Tras lo cual el juez volvió a requerirla, y a la vista de que no decía la verdad, ordenó al ejecutor una nueva vuelta de mancuerna, a lo que la inculpada respondió: «Ay, ay, ay, ay, ay, que me matan sin culpa, Dios de mi alma, Dios de mi alma, ay, ay, Santísimo Sacramento, ay, ay, que me matan sin culpa, ay, ay, ay, ay, ay, que me matan sin culpa, no sé nada, no sé nada, no

sé nada, no sé nada, no sé nada, ay, ay, ay, ay, ay, ay, que no sé nada, Santísimo Sacramento, Dios de la berdad, Justicia a Dios pido, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay, que me matan sin culpa, ay, ay, ay, ay, Dios, Dios, Dios, que me matan, Dios, Dios, Dios, que me matan, Dios que me matan, Christo que me matan sin culpa, ay, ay, ay, ay, ay, que me matan sin culpa, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay, ay»¹⁰. Y así sucesivamente una nueva vuelta de tuerca, la misma pregunta, los mismos alaridos, el mismo dolor y el exquisito cuidado del escribano de no dejar un solo ay sin recoger.

El final de la primera sesión de tormento concluye sin la declaración requerida y dejando a la inculpada descansar hasta que se ordenara la siguiente. La duración del tormento quedaba siempre a la decisión del juez, condicionada, desde luego, por la resistencia del delincuente.

Los tipos de tormento previstos en nuestra legislación están sistematizados en *Las Partidas*, de las que se deduce que lo habitual debían ser los azotes y el colgamiento por los brazos colocando al sujeto pesos en la espalda y en las piernas, del modo que ya he descrito. Este era el procedimiento denominado «tormento de la garrucha». Pero, al margen de la regulación legal, también se describen por los autores otros menos usuales pero practicados: colocar las plantas desnudas de los pies del reo untadas de grasa junto al fuego, echarle agua por la nariz tapándole la boca; tormentos del ladrillo (colgar al reo por las muñecas con los brazos hacia atrás colocándoles los pies desnudos sobre un ladrillo frío durante un día para después calentar el mismo ladrillo con fuego); el «sueño italiano», que consistía en meter al atormentado en un ataúd vertical con las paredes revestidas de clavos muy agudos de modo que, en cuanto se apoyaba en cualquiera de las partes de la caja, los clavos se le hincaban en la carne, con lo que no podía moverse ni dormir; las «tablillas», por las que se introducían las puntas de los dedos de las manos y los pies para luego amarillarlos; etc, etc.

Todas estas brutales prácticas se ordenaban al término de procesos para cuyo desarrollo se utilizaban muy pocas reglas fijas, dominando el arbitrio del juez para decidir las pruebas, practicarlas y resolver. F. Tomás y Valiente¹¹ hizo un

¹⁰ El acta de tormento que reproduzco parcialmente fue exhumada por F. Tomás y Valiente, y está reproducida completa en el capítulo I «De la práctica del tormento» de su libro *La tortura judicial en España*, Crítica, 2000. Con carácter más general sobre los procedimientos de tortura, el libro de Edward Peters, *La tortura*, Alianza editorial, Madrid, 1987; la edición primera en inglés, *Torture*, es de 1985. También P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune* (2 vols), Milán, 1953-1954. J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, Chicago, 1977. A. Mellor, *La torture*, París 1942, 2ª ed., Tours 1961.

¹¹ F. Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 199.

resumen valioso de las principales características de los procesos penales durante el Antiguo Régimen, que puede bastar para tener una idea de su funcionamiento: primero, era manifiesta la falta de imparcialidad del juez, que actuaba a la vez como investigador y encargado de juzgar, y tenía siempre interés personal en el proceso; segundo, las pruebas partían de la convicción de la culpabilidad del reo, y se dirigían a demostrarla; tercero, el inculpado estaba en situación de franca inferioridad: el procedimiento era secreto y las pruebas se valoraban de forma diferente según apoyaran las tesis de la acusación o de la defensa; la función de ésta era extraordinariamente restringida y casi testimonial; cuarto, el arbitrio judicial era máximo para decidir el procedimiento, delimitar la tipificación del delito y concretar la pena; la desigualdad entre los sujetos inculpados era amplia considerando la diversidad de fueros, que afectaban tanto a los órganos judiciales encargados de resolver como al procedimiento, las penas y su ejecución.

Lo anterior, con carácter general, respecto de la justicia penal. Los tribunales inquisitoriales tenían sus propios procedimientos, no menos inseguros y arbitrarios¹².

Además de las denuncias e inquisiciones que pudieron dar lugar a procedimientos concretos, el Santo Oficio utilizaba los edictos de fe como fórmula para provocar el inicio de actuaciones contra cualquier sujeto. Los inquisidores se desplazaban a poblaciones concretas y, mediante un edicto de fe, convocaban a sus habitantes a la iglesia más principal, en la que pronunciaban un sermón solicitando al final de todos los «vecinos y moradores, estantes o residentes... de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad que sean, exentos y no exentos, y a cada uno y cualquiera... que si alguno de vos supiere o huvièredes visto o oydo decir que alguna o algunas personas, vivos, presentes o ausentes, o defunctos, ayan hecho, o dicho, o tenido algunas opiniones heréticas contra lo que tiene, y precide y enseña nuestra Sancta madre Iglesia de Roma... vengays, y parezcays ante nos personalmente.... a decir y a manifestar lo que supiere o huvièredes hecho, visto hacer o decir...».

¹² Para los procedimientos inquisitoriales, C. Carrere Parrondo, «El auto de fe de la Inquisición española» en AA.VV., *Inquisición y conversos*, Toledo, 1994. J.P. Dedieu, «*L'Inquisition et le Droit, Analyse formelle de la procédure inquisitoriale en cause de foi*», *Mélanges de la Casa de Velázquez*, Tomo XXIII, pág. 227 y sigs. J.A. Escudero, *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, Madrid, 1989. J. M. Pérez Prendes, «El procedimiento inquisitorial (esquema y significado)», en el libro *Inquisición y conversos* cit.; J.A. Llorente, *Los procesos de la Inquisición. Discurso sobre el orden de procesar en los tribunales de la Inquisición*, edición crítica de E. de la Lama Cereceda, Pamplona, 1995. N. Eimerich y F. Peña, *El manual de los inquisidores*, edición de L. Sala Molins, Madrid, 1983.

Después se abría un período de gracia para que cualquiera pudiera declararse culpable y reconciliarse. Si el número de denunciados no era suficiente todavía, podía el inquisidor emitir un edicto de anatema anunciando los gravísimos males presentes y en la vida eterna que padecerían los renuentes a denunciar o a autoinculparse.

La denuncia abría la primera fase del proceso, para lo que bastaba también un simple rumor. En principio no era preciso comunicar la indagación al interesado. Pero, si las primeras pesquisas aportaban indicios suficientes, se le encerraba directamente en la cárcel y se acordaba el secuestro de sus bienes. La actuación era equivalente a una confiscación total porque solía tener efecto retroactivo. Después de la fase sumarial empezaba el proceso, dominado por el período probatorio. Una confesión del reo podía hacer concluir las actuaciones, pero la prueba, de indicios, testigos, o de confesión alcanzada mediante tortura, era esencial.

La sentencia, cuando era condenatoria, conducía a la representación teatral máxima del Santo Oficio, que eran los autos de fe. En estos actos, convocados en plazas centrales de las poblaciones, con presencia de las autoridades y corporaciones más representativas, se entregaba a los condenados a la justicia real para que procediese a ejecutar la sentencia, que tendría preparado al efecto, como explicó J. Llorente, «el quemadero, la leña, los suplicios de garrote y verdugos necesarios...».

El auto solía celebrarse un día de fiesta. Los reyes estuvieron presentes en diversas ocasiones (Carlos V en 1528, Felipe II en 1560, 1564, 1582; Felipe III en 1619, Felipe V en 1732) y siempre fueron un formidable espectáculo. La plaza se convertía en un magnífico escenario, con espacios para espectadores que se distribuían según la jerarquía y clase social. A tal efecto se instalaban gradas alrededor de la plaza y se disponía de los miradores y balconadas de los edificios. En el gran escenario estaban perfectamente definidos los espacios para inquisidores, autoridades, justicia real, y condenados. Y en el centro, el cadalso, siempre de grandes dimensiones.

La víspera del auto de fe se celebraba la procesión de la Cruz Verde, que se iniciaba de madrugada, y en la que participaban los reos ordenados según su culpa y vestidos de forma acorde con su condena: sambenitos y velas para los reconciliados, sambenitos y corozas para los relajados. Estos últimos, condenados a morir, circulaban al final de la procesión y detrás de ellos todavía aparecían los muñecos que representaban a los condenados huidos o muertos. Después, el magnífico cortejo de los inquisidores, con el estandarte del Santo Oficio por delante.

Llegados a la plaza se iniciaba el acto con el juramento de todos los presentes. Después se procedía a la lectura de las sentencias. Primero se despacha-

ba a los relajados que, leída su sentencia, se entregaban a la justicia secular para que ejecutara la pena de muerte. En el acto solía haber una pausa para el almuerzo tras la cual se reiniciaba el espectáculo con la abjuración de penitenciados y reconciliados.

Y así se siguió actuando, rutinariamente, reglamentadamente, hasta la abolición de la Inquisición en 1834.

II. LA REACCIÓN ILUSTRADA

Una generación entera de filósofos, políticos y juristas se levantó conmovida en toda Europa contra ese sistema penal que resultaba impredecible para los ciudadanos, arbitrario en cuanto a las prácticas seguidas para su aplicación, desproporcionado por la enormidad de los castigos, que podían ser iguales para infracciones de muy diversa entidad, brutal por la forma de ejecutar la pena capital, despiadado y cruel por la utilización de tormentos que casi nunca servirían para establecer la veracidad de los hechos en los que se implicaba al torturado, ineficaz como modelo represivo, sin ningún valor ejemplar para atemperar las conductas socialmente peligrosas de individuos marginales o insociables, y falto de cualquier respeto por los sujetos que tenían que soportar medidas infamantes previas al juicio y, en seguida, un proceso sin ninguna garantía.

Nada había en todo ello que se acomodara a la razón que estaba entronizándose en el siglo XVIII como el fundamento de todas las cosas y, por lo que hace al caso, en la fuente de la ley y de la ordenación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (todavía, entonces, súbditos).

No son simples reformas lo que se reclama, sino un cambio completo del modelo de justicia penal, tanto en sus formas como en su contenido sustantivo. La Ilustración pretendió una reforma en profundidad de las instituciones heredadas de la etapa medieval, el cambio de la legislación criminal y la puesta al día de su orden de valores. Todo ello era imprescindible para una sociedad más tolerante y humanitaria.

Se argumenta a favor de que sea el legislador quien defina los delitos y las penas, mediante normas claras, con mandatos comprensibles, expresados de modo indubitable y asequible para cualquier ciudadano, para que no pueda caberle duda de las conductas que el Estado considera punibles, ni de las penalidades que corresponderán a las infracciones cometidas.

El nuevo sistema tenía que secularizarse para poderse acomodar al espíritu de la época, que luchaba contra la intolerancia religiosa hasta entonces dominante en los estados europeos. La infiltración de todo el derecho penal por

ideas religiosas se hacía notar no solamente por la tipificación como delictivas de conductas desviadas de la recta práctica y los dogmas de la religión en cada caso protegida, sino también por la impregnación del sentido y finalidad de las penas del mismo espíritu trascendente. Las penas, en razón a esa vinculación con los valores religiosos, son penitencias, formas de castigo que proceden de la voluntad divina, como venía sosteniendo la dominante tradición judeocristiana desde siglos atrás: el castigo es la respuesta al pecado-delito. Igual que la penitencia es necesaria para la reconciliación con Dios por el pecado cometido, la pena es la contraprestación que se exige al delincuente por infringir el orden establecido. La Partida VII, título XXI, ley 1, definía la pena, muy exactamente, asumiendo la indicada concepción, como «enmienda de pecho e escarmiento», y, con más detalle, atribuía a la pena las siguientes finalidades: «e dan esta pena los Judgadores a los omes por dos razones: la una es porque resciban escarmiento de los yerros que ficieron. La otra es porque todos los que oyeren o vieren tomen ejemplo o apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo a las penas». Esta explicación se encuentra también presente en la Nueva Recopilación (Libro II, Título II, Ley 2): «Por ellas la maldad de los hombres será afrenada y la vida de los buenos será segura, y por miedo a la pena los malos se excusen de hacer el mal». La retribución, el escarmiento y la intimidación son los fines de la pena según estos textos.

La separación de la moral religiosa y la regulación de los delitos y las penas, cuya necesidad expuso el admirable e influyente libro de J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*¹³, era determinante también para adecuar la pena al delito. Bentham había advertido que lo que puede castigarse son hechos efectivamente acontecidos, no, como en religión, pecados de pensamiento o vicios de la personalidad. Las infracciones han de consistir en hechos exteriorizados. «La ley penal —dice el filósofo utilitarista— solamente puede obrar dentro de ciertos límites y su poder se extiende solo a los actos palpables y susceptibles de pruebas manifiestas». Sobrarían, con arreglo a este criterio, como propuso Filangieri en su *Ciencia de la legislación*, por ejemplo, el sortilegio, la magia, el encantamiento, la hechicería, la adivinación, los agüeros, la interpretación de los sueños...¹⁴

¹³ Sigo la edición preparada por Magdalena Rodríguez de los *Tratados de legislación civil penal*, obra extractada por Esteban Dumont y traducida por Ramón Salas (edición de 1821), Editora Nacional, Madrid, 1981. Vid. también, de Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, compilación de E. Dumont, trad. de M. Ossorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

¹⁴ G. Filangieri, *Ciencia de la legislación (1780-85)*, trad. de J. De Ribera, Villalpando, Madrid, 1821. Sobre su obra, S. Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Giappichelli, Torino, 1954.

Pero la cuestión más importante que suscitaba la adecuación de las penas a una concepción secularizada del delito era la de su proporcionalidad: no es admisible el castigo con la pena de muerte de un robo menor, sino que la pena ha de ser concorde con la relevancia social de la infracción. Montesquieu expresó esta idea en su *Espíritu de las leyes* en unos términos que muchos autores utilizarían sucesivamente: «La libertad triunfa cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular de cada delito»¹⁵. La misma idea la expuso Bentham del siguiente modo: «La pena se grabará más fácilmente en la memoria y se presentará con más fuerza a la imaginación si tiene una semejanza, una analogía, un carácter común con el delito. El talión es admirable...»¹⁶.

La otra consecuencia de la proporcionalidad es la reserva de la pena capital para los delitos más desoladores y extremos y, quizá, retomando la vieja idea retributiva, solo cuando hayan consistido en la privación de la vida de otro. En conexión con esta pérdida de relevancia de la pena de muerte, estaría la cuestión de su abolición, considerando que la privación de la vida de un delincuente carece de cualquier sentido útil para el Estado (de nuevo Bentham). Y, en caso de no prohibirla, al menos habría que reducir el ámbito de su aplicación y ejecutarla mediante procedimientos menos crueles e infamantes, más humanitarios.

La pertinencia de abolir la pena de muerte daría lugar durante la Ilustración a un debate filosófico y jurídico del que me ocuparé más adelante.

La elección del método más eficaz, que no añadiera sufrimientos innecesarios al reo, fue debatida muy directamente por la Asamblea revolucionaria francesa con ocasión de la discusión del Código Penal de 1791. Era horroroso el espectáculo que se desarrollaba a veces en el patíbulo por el forcejeo entre el reo y sus verdugos o por la torpeza de éstos en el momento de aplicar el cuchillo o asegurar la muerte instantánea mediante la horca.

En los *Cahiers de Doléances*¹⁷ apareció reiteradamente la solicitud de que «la pena de muerte se ejecute de una sola manera, la menos dolorosa». Y, atendiéndola, el artículo 2.º del Código penal de 1791 estableció: «La pena de muerte consistirá en la simple privación de la vida, sin que pueda aplicarse nunca ninguna tortura a los condenados». La elección del método para ejecutarla mereció más debates. El doctor Guillotin había expuesto casi dos años antes,

¹⁵ *De l'Esprit des lois*, en Montesquieu, *Oeuvres complètes, Texte présenté et annoté para Roger Caillois*, Gallimard, 1951, vol 2, págs. 227 y sigs. La cuestión de «*La forme des jugements et de l'établissement des peines*» en págs. 307 y sigs.

¹⁶ Vid. nota 12.

¹⁷ Vid. las referencias en Imbert, *La pena de muerte*, F.C.E, 1993, pág. 80.

en la Asamblea, un método para cortar la cabeza sin sufrimiento. Las excelencias del método las describe el *Rapport sur la guillotine* en los siguientes términos: «La experiencia y la razón demuestran que la manera usada en el pasado de cortarle la cabeza a un delincuente le exponía a un suplicio más espantoso que la simple privación de la vida, que es el deseo formal de la ley, para que la ejecución se realice en un solo instante y de un solo golpe; los ejemplos prueban cuán difícil es lograrlo. Es preciso, necesariamente, para la exactitud del procedimiento, que dependa de medios mecánicos invariables, cuya fuerza y efecto se pueda igualmente determinar... Es fácil hacer construir una máquina semejante cuyo efecto es infalible; la decapitación se hará en un solo instante, de acuerdo con el deseo de la nueva ley. Dicho aparato, si parece necesario, no producirá sensación alguna y apenas se percibirá»¹⁸.

El artículo 3.º del Código Penal de 1791 proclamó: «A todo condenado a muerte se le cortará la cabeza». Pero la guillotina, perfeccionada por el secretario perpetuo de la Academia de Medicina, Doctor Louis, no se estrenó hasta el 25 de abril de 1792. La llamaban con familiaridad la *Louissette* por razón de las aportaciones a su correcto funcionamiento hechas por el citado académico. Se instaló en la plaza de la Grève, el lugar habitual para los ajusticiamientos, y cayó por primera vez sobre el cuello de un condenado por robo y asesinato llamado Nicolas Jacques Pelletier¹⁹.

La simplificación de las ejecuciones afectó no solamente al método de practicarlas, sino también a la igualdad de todos ante el derecho. No habría en lo sucesivo diferencias entre clases y se aplicaría a todos, del rey abajo.

En íntima relación con la crítica a los abusos de las penas capitales y su práctica estuvo la del tormento y su sentido. Los filósofos racionalistas y los juristas ilustrados consideraron que era un método de indagación inútil por completo. No resultaba fiable lo que pudiera decir una persona sometida a horribles sufrimientos. Ni era equivalente la resistencia física de todos los torturados, de modo que la prueba la soportarían peor los débiles. Y además el

¹⁸ El texto está citado por Saint Edune, *Dictionnaire des pénalités*, 1825, t. IV, 10. El Código Penal francés de 1791 se ocupó de ese afán igualitario de acabar con los privilegios extendiéndolo hasta la ejecución de la pena de muerte.

Había antes docenas de formas de ejecutar a los condenados a muerte, algunas de extrema crueldad, y otras sólo aplicables a los plebeyos, de las que se excluía a las clases privilegiadas. En 1760 se había probado en Inglaterra una máquina de ahorcar (una trampilla se abría bajo los pies del condenado y evitaba las largas agonías y las luchas cuerpo a cuerpo que se producían entre el reo y los verdugos). Pero también la horca mereció severísimas críticas de significados miembros de la Asamblea revolucionaria francesa, como Lepelletier.

¹⁹ Imbert, 81

tormento tenía, en sí mismo, un contenido punitivo irreparable si se declaraba al fin la inocencia del imputado, o, en todo caso, era reduplicativo si el proceso concluía en condena.

En fin, la última y decisiva cuestión que los ilustrados consideraron necesario cambiar fue el procedimiento y el árbitro que habría de dirigirlo y sentenciarlo: el juez. Los juzgadores del Antiguo Régimen instruían también el proceso, acopiaban las pruebas y, desde el comienzo, se comportaban con manifiesto prejuicio hacia el acusado, de cuya culpabilidad se mostraban seguros, de modo que el procedimiento no era sino una herramienta en manos del juez para poder llevar a efecto cómodamente su preconcebida idea de condenar al inculpadado.

Esta situación tenía que ser sustituida por un compendio de ideas contrarias: la presunción de inocencia del acusado y su enjuiciamiento por el juez natural y no por cualquiera designado para el caso, según conviniese. Además, desde luego, dotar a los jueces y tribunales de un estatuto que asegurara su imparcialidad e independencia. Y, en fin, introducir reformas que aseguraran la igualdad, de manera que no intervinieran jueces y tribunales distintos según la condición personal o institucional del imputado.

Todas estas son ideas que condujeron a instaurar garantías de los derechos de las que nos hemos lucrado los ciudadanos en la actualidad, pero que proceden de la época ilustrada y tardarían todavía muchos años en incorporarse a las leyes, y muchísimos más en consolidarse como prácticas habituales.

Su exposición pública en libros y escritos, a lo largo del siglo XVIII, implicaba correr riesgos muy importantes porque cada una de las nuevas exigencias atacaba los pilares del poder establecido, civil y eclesiástico. Pero en ello se empeñaron algunos filósofos y juristas insignes, de cuyas obras se dará cuenta seguidamente.

III. LA CRÍTICA DE LOS PRECURSORES EUROPEOS

L'Encyclopédie, que compendió el pensamiento racionalista ilustrado mediado el siglo XVIII, incluyó un artículo titulado «Pena», que resume en gran medida la filosofía moral y jurídica que acabo de recordar. Por ejemplo, el ideal de la proporcionalidad que aparece recordado una y otra vez, cada pocos párrafos, en el texto: «Todos estos objetivos concretos de las penas deben ser pues subordinados y adecuados siempre al objetivo último y principal que es la seguridad pública, y el soberano debe usar unas y otras como medios para lograr el objetivo principal, de tal modo que solo debe recurrir a las penas rigurosas cuando las leves son insuficientes para procurar la tranquilidad pública». O también

que no conviene castigar mediante tribunales humanos «los actos rigurosamente íntimos, los simples pensamientos que no se manifiestan en ningún acto exterior perjudicial para la sociedad...», afirmación que está vinculada tanto a la idea de proporcionalidad como a la secularización de la pena y su distinción conceptual con el pecado.

Y está también recogida la regla de la adecuación de las penas al delito cometido, para cuya defensa la Enciclopedia se vale de H. Grocio: «Con las penas se persiguen —afirma— o el bien del propio culpable, o la ventaja de quien tenía interés en que el crimen no se cometiera, o la utilidad de todos en general»²⁰.

Las diatribas e impugnaciones del sistema represivo criminal, por la vaguedad de las definiciones de los tipos delictivos y sus variaciones impredecibles, la corrupción de los procedimientos y la desproporción, enormidad y desigualdad en la aplicación de los castigos, especialmente la tortura judicial y la pena de muerte, empezaron a ser argumentos recurrentes en los filósofos ilustrados desde mediados del siglo XVIII. El nuevo pensamiento se desarrolló principalmente en Francia, pero también fueron decisivas las aportaciones que hicieron en Italia los hermanos Verri y su publicación *Il caffè*. Pietro Verri publicó textos importantes sobre la cuestión, como *Sobre la interpretación de las leyes* (1765) y *Observaciones sobre la tortura* (1777)²¹.

En Francia un grupo de autores influyentes, entre los cuales, sobre todo, Voltaire y Montesquieu, pero también Diderot, Condorcet, Mably, Bernardot, Marat, Brissot de Warville, y más tarde, en tiempos de la Asamblea revolucionaria constituyente, Robespierre, Lepelletier de Saint Fargeau, y las peticiones y protestas recogidas en los *Cahiers de doléances*²². Todas las reclamaciones de reforma y las críticas severísimas a la institución establecida, recordadas en el apartado anterior de este escrito, están expresadas con fuerza en la obra de los

²⁰ Cito según el texto Diderot y D'Alembert, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, Edición de R. Soriano y A. Porras, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1992.

²¹ Entre nosotros, L. Prieto Sanchís, «La filosofía penal de la Ilustración», en *Historia de los derechos fundamentales*, T. II, Siglo XVII, vol 2, *La filosofía de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001, págs. 131 y sigs.

²² Diderot en las «Observaciones sobre las Instrucciones de la Emperatriz de Rusia a los Diputados electos respecto de la elaboración de las leyes», recogidas en *Discursos políticos*, edición de Antonio Hermosa Aguilar, CEC, 1989. J. Marat, *Principios de legislación penal* (1779), traducción de A.E.L., Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1891. J.P. Brissot de Warville, *Théorie des Lois Criminelles*, Tomo II, París, 1781. «Discours sur les moyens de prévenir les crimes en France» en *La Bibliothèque Philosophique du législateur, du politique et du jurisconsulte*, vol. IV, Berlín-París 1780-1785.

autores mencionados, liderados por Voltaire y Montesquieu, junto con Beccaria.

Respecto de la pena de muerte las posiciones no son cerradamente abolicionistas. Al contrario, todos creen que debe mantenerse, aunque limitada a casos extremos y aplicada cuando sea útil para el interés general. En todo caso, ejecutada sin la crueldad tradicional. Diderot y Condorcet, aunque sostienen que la condena a muerte debe ser un remedio excepcional, no niegan supuestos en que el empleo de ese castigo pueda ser necesario o legítimo. Montesquieu no fue totalmente claro sobre los límites de la pena de muerte, pero consideró justo su empleo cuando se tratara de combatir delitos que hubieran privado de la vida a una persona.

A Rousseau la pena de muerte le plantea el serio problema de su compatibilidad con el contrato social, que formula del siguiente modo: si el contrato social implica que cada individuo cede una parte de su libertad en beneficio de la protección por el Estado de su seguridad y su vida, ¿cómo puede entenderse que la cesión comprenda también el derecho del Estado a disponer de la vida misma de los individuos? El filósofo responde con suma claridad: la privación de la vida es una consecuencia del contrato social que, establecido para preservar las vidas de los sujetos, exige también el sacrificio de las vidas de los ciudadanos que no respetan las reglas en las que se basa el pacto. Si el contrato social tiene por finalidad salvaguardar a los contratantes, quienes aceptan el contrato han de asumir también los medios de que se vale. Si uno acepta la protección del Estado para no ser víctima de un asesinato, debe también aceptar el sacrificio de su vida cuando asesina, cuando el soberano declara que «es conveniente que tú mueras»²³.

Pocos autores fueron totalmente abolicionistas. El más reconocido entre ellos fue Jean Pierre Brissot de Warville, cuya *Théorie des lois criminelles*, publicada en dos volúmenes en 1781 en Neuchâtel, se convirtió en una obra de referencia, seguida y leída con reconocimiento. Escribió también Brissot otros textos influyentes como *Discours sur les moyens de prévenir les crimes en France* (1780), o *Le sang innocent vengé ou Discours sur les réparations dûes aux accusés innocents* (1781)²⁴.

Es manifiesta en su obra la fuerte influencia de Montesquieu (además de Beccaria, desde luego, como es común en todos los autores del último tercio

²³ Prieto, 157.

²⁴ J.P. Brissot de Warville, *Théorie des Lois Criminelles*, Tomo II, París, 1781. «*Discours sur les moyens de prévenir les crimes en France*» en *La Bibliothèque Philosophique du législateur, du politique et du jurisconsulte*, vol. IV, Berlín-París 1780-1785.

del XVIII), entre otros aspectos en el desarrollo de las ideas del filósofo sobre la prevención de la delincuencia como alternativa más adecuada para su evitación. Es necesario ser optimista sobre la capacidad de progresar del ser humano, como fueron en general los ilustrados y, por tanto, en la capacidad que tiene el hombre para progresar y perfeccionarse si mejora la educación y se formulan políticas destinadas a combatir las conductas inconvenientes para la sociedad, fomentar las letras y las artes, distribuir mejor la riqueza o atajar la mendicidad y la vagancia.

Reconoce, naturalmente, el derecho del Estado a reprimir las malas costumbres, pero se lo niega respecto de la imposición de la pena de muerte. Los ciudadanos no han cedido la disposición sobre su propia vida sino las limitaciones de su libertad que inevitablemente hay que sacrificar en aras de la convivencia. La ejecución de un reo, por otra parte, no aporta nada útil para el interés general ni sirve para reparar el daño que el delincuente ha ocasionado: no solo no devuelve la vida a la víctima, sino que produce la pérdida para el Estado de otro ciudadano.

Consideraba Brissot, en fin, que hay otras sanciones, no tan definitivas, que satisfacen mejor la ejemplaridad que se espera del castigo. Se inclina, en este sentido, por penas alternativas a la de muerte que no son óbice para que el reo pueda ser destinado a la realización de trabajos en beneficio de la colectividad. Postula, en último término, como opción, la esclavitud perpetua.

La abominación del tormento judicial es más unánime en los escritos ilustrados. La tortura legal, además de constituir una pena anticipada e infamante, es la más inútil, perversa e improductiva de todas las pruebas. Es más fácil vencer la resistencia de una persona débil. Es improductivo el resultado porque las declaraciones habrán sido arrancadas por la violencia o el terror y no puede tenerse seguridad de que sean ciertas²⁵.

Sobre el tormento y la pena de muerte, y en general para la crítica del sistema criminal establecido, las obras emblemáticas fueron las de Voltaire y, en grado superlativo, la de Beccaria.

Voltaire contribuyó decisivamente a la difusión y prestigio de '*De los delitos y las penas*' de Beccaria porque se apresuró a publicar un *Comentario* en 1766. El libro de Beccaria se editó por primera vez en 1764 y para entonces Voltaire era ya un paladín airado de la lucha por la tolerancia y la dignidad humana, y el crítico más ácido y eficaz contra la irracionalidad y barbarie del sistema

²⁵ El debate ulterior sobre la pena de muerte en J. Clerget, *La peine de mort de 1789 à nos jours*, Memoria del Instituto de Criminología, París, 1944. Y J. Imbert, *La pena de muerte*, trad. de M. Martínez, Fondo de Cultura Económica, México 1993.

represivo penal aplicado en su época. Le habían conmovido los casos de la familia Sirvent, del caballero De la Barre, del matrimonio Montbailli, del músico De la Borde, o del mariscal Mouragies, que denunció, pero, sobre todo, el caso Calas, al que he aludido al principio. «Casi todo me parece abandonado —dijo sobre la situación creada por estos juicios— al sentimiento arbitrario de los jueces: es extraño que la ordenanza criminal de Luis XIV haya sido provista de tan poca seguridad para la vida de los ciudadanos».

De 1763 es el *Tratado sobre la tolerancia* de Voltaire, ideado como un alegato sobre el proceso, suplicio y ajusticiamiento en la rueda de Jean Calas. Una historia resumida de su caso ocupa el primer capítulo del *Tratado*. En 1764 publicó el *Diccionario filosófico*, y en 1766, como ya se ha indicado, el *Comentario al tratado de Beccaria sobre los delitos y las penas*. En el *Diccionario*, donde, como su propio autor advierte, no hay muchos artículos sobre «jurisprudencia», añadió en 1769 la voz «Tortura». Cita el caso del Caballero de La Barre, joven teniente del ejército que había sido denunciado por haber cantado canciones impías e incluso haber pasado ante una procesión de capuchinos quitarse el sombrero. «Los jueces de Abberville —denuncia Voltaire— ... ordenaron no sólo que se le arrancase la lengua, que se le cortase la mano y que le quemasen el cuerpo a fuego lento, sino que también le aplicaron la tortura para saber precisamente cuántas canciones había cantado y cuántas procesiones había visto pasar con su sombrero en la cabeza». Y concluye con esta crítica acerba: «Y esta aventura no sucedió en el siglo XIII o XIV, sino en el XVIII. Las naciones extranjeras juzgan a Francia por sus espectáculos, por sus novelas, por los versos bonitos, por las jóvenes de la ópera que tienen costumbres muy suaves, por nuestros bailarines de la ópera que tienen gracia, por la señorita Clairon, que declama maravillosamente. No saben que, en el fondo, no hay nación más cruel que la francesa»²⁶.

La discriminación, la desigualdad y la desmesura o desproporción en la fijación y aplicación de las penas centran su explosiva literatura contra el sistema. Dice por ejemplo: «Siendo de ordinario la estafa, el hurto y el robo, el crimen de los pobres, y habiendo sido hecha la ley por los ricos, ¿no pensáis que los gobiernos, que están en mano de los poderosos, deberían comenzar por eliminar la mendicidad en lugar de esperar la ocasión para ponerlos frente al

²⁶ Uso, entre las múltiples ediciones en español del *Tratado sobre la tolerancia*, las últimas de Mario Armíño, en Austral, Madrid 2013, y la de *Obras seleccionadas de Voltaire* en Gredos, Madrid, 2010, pág. 163 y siguientes. Respecto del *Diccionario* manejo la última, de 2007, editorial Akal, reimpresión de la de 1987, con prólogo de Luis Martínez Drake.

verdugo?»²⁷ Protesta contra la desigualdad en la aplicación de las penas, el fanatismo con que se reprimen las disidencias religiosas, la vergonzosa inclinación de los jueces a inventar pruebas o a castigar sin tenerlas, las actuaciones que presumen la culpabilidad y no la inocencia del inculpado, la falta de relación proporcionada entre la infracción que se imputa y la pena que se impone. La concepción general del sistema punitivo debe cambiarse por completo, según Voltaire, porque los castigos, más que como reparación o retribución por el mal causado, deben orientarse hacia la regeneración del delincuente. Ha de eliminarse, igualmente, la confusión reinante entre el pecado y el castigo al criminal. Además, desde luego, de la necesaria racionalización de los castigos, que debe graduarse considerando la represión del delito, la personalidad del delincuente, su edad, etc.

En cuanto a la pena de muerte, Voltaire no propone la abolición pero sí su reducción a supuestos de enorme gravedad para la convivencia. Las razones que esgrime para la pena capital son su nula ejemplaridad y menor afección al ánimo de los futuros criminales, además de su absoluta inutilidad como medida reparadora de los males causados. Una frase célebre de sus *Comentarios a Beccaria* dice que «un hombre ahorcado no sirve para nada y que los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta».

Las posiciones abolicionistas de Beccaria tienen un alcance parecido a las de Voltaire, pero su justificación fue distinta. Como otros autores de la época, el italiano se apoyó en las ideas contractualistas del Derecho penal: los individuos, al hacerse partícipes del pacto social, no han cedido al Estado el derecho sobre sus vidas.

La proyección del libro de Beccaria y su influencia fueron mucho mayores que las de cualquier otro escrito, y sus reflexiones e ideas no se contrajeron a la exclusión de la tortura y la limitación de la pena capital, sino que establecieron las bases del sistema penal contemporáneo, recogido luego en las Constituciones y en los códigos penales a partir del siglo XIX.

Dei delitti e delle pene fue la determinante obra de un Cesare Beccaria de veintiséis años, publicada en 1764. Constituyó una ordenada y eficaz exposición de ideas que, en gran parte, habían difundido los filósofos y juristas ilustrados de su tiempo, especialmente los franceses que, junto con otros intelectuales, había tenido oportunidad de conocer a través de su amigo y mentor Pietro Verri.

Pero las aportaciones originales de Beccaria han sido siempre subrayadas y son innegables. El libro tuvo un éxito inmediato e impresionó en todos los

²⁷ La cita es de *Le prix de la justice et de l'Humanité*, publicado en 1777, ahora en *Oeuvres complètes. Politique législative*.

ambientes ilustrados. Provocó reformas en las cortes más próximas a la nueva ideología como la de Catalina II, y aboliciones de las peores prácticas, como la de la tortura, en Austria, Francia, Toscana y otros lugares.

Además lo comentaron elogiosamente algunos de los más prestigiosos filósofos y juristas. Las traducciones primeras aparecieron en 1765, el año siguiente de su primera edición. En seguida obtuvo los admirados comentarios de Voltaire, los elogios de D'Holbach y D'Alambert, de B. Servant, de Brissot de Warville, etc.

Las bases del sistema punitivo que construye Beccaria son contractualistas y utilitaristas. Lo primero porque parte de la consideración de que la vida en sociedad se ha hecho posible mediante un pacto por el que los individuos han aceptado limitar sus derechos o intereses. La cesión no es ilimitada porque no puede implicar la libre disposición por el Estado de la vida y la libertad de los ciudadanos. El utilitarismo, por su parte, impone acomodar el castigo a la naturaleza del crimen y adecuar el grado de represión a lo que sea razonablemente provechoso para el interés general.

Partiendo de estas premisas, todo el formidable edificio ideológico del nuevo modelo penal, que Beccaria propone, se integra con materiales que son la síntesis perfecta del pensamiento ilustrado, ordenado y ampliado en un libro penetrante, valiente y genial.

Estos son los ingredientes: solo las leyes pueden establecer los delitos y las penas evitándose por tanto el arbitrio desmesurado de los jueces, la invención de las infracciones punibles y de las penas mismas para cada caso; las operaciones que se han de encomendar a los jueces y tribunales son de estricta subsunción: verificar si una actuación determinada, de carácter lesivo, reúne las características tipificadas en la ley penal y, en tal caso, aplicarla. Los jueces, naturalmente, deben ser imparciales; los juicios públicos, así como la práctica de las pruebas: el secretismo sirve de cobijo a la arbitrariedad. Las penas acordadas deben ser proporcionales a las circunstancias del delito, sus consecuencias, la persona del delincuente... Beccaria critica el exceso de comportamientos que la legislación considera constitutivos de delito: es variadísima la gama de conductas que pueden ser castigadas, incluso cuando no alcancen a tener ninguna manifestación externa. Casi siempre la pena es desproporcionadamente severa. Se pronuncia contra los suplicios degradantes que suelen acompañar a la ejecución de las penas: es necesario eliminar del sistema punitivo todo lo que hay en él de injusto, inútil o no humanitario.

Su oposición a la tortura judicial es total y sus proposiciones abolicionistas de la pena de muerte también resultan enérgicas. Argumenta sobre su inutilidad, la carencia de cualquier efecto intimidatorio sobre los demás y aduce que la imposición y ejecución de la misma, además de brutales, resultan criminales.

La pena de muerte incurre en la contradicción de que para luchar contra el crimen convierte a los que la deciden y ejecutan en criminales.

Acepta, no obstante, Beccaria dos supuestos en que la pena de muerte puede ser un castigo procedente y justo. Primero, cuando la muerte del condenado «interesa a la seguridad de la nación», lo que concibe como posible si el reo mantiene unas relaciones y un poder considerables, que pudiera emplear contra el Estado. La segunda situación se daría cuando la liquidación del condenado «fuese el verdadero y único medio para disuadir a los demás de cometer delito». Después de que en otros pasajes de su libro Beccaria hubiera negado el carácter ejemplar o disuasor de la pena de muerte, resulta sorprendente esta última aceptación de su aplicación por la imprecisión con que la delimita. A lo largo de las últimas centurias, esta ambigüedad ha sido reiteradamente subrayada y criticada²⁸.

La influencia de *Dei delitti e delle pene* en toda Europa y en la América colonial fue extraordinaria y se hizo visible, como ya he indicado, en las reformas legales inspiradas en las ideas en ella expuestas, y en el gran número de obras que asumieron sus propuestas. También, aunque excepcionalmente, tuvo sus críticos. El más caracterizado, en Francia, fue M. Muyard de Vouglans, autor de una importante obra titulada *Les droits criminels de France dans leur ordre naturel*, publicada en 1780 (Merigot, París), en la que incluyó como anexo una *Réfutation des principes hasardés dans le traité des délits et peines traduit de l'italien*, que se había publicado como «Carta» en 1767. La *Refutación* contradice, una por una y con grandísima severidad, todas las propuestas y aseveraciones de Beccaria, argumentando sobre inconveniencia y falta de fundamento²⁹.

IV. EL PENSAMIENTO ILUSTRADO ESPAÑOL

1.—*Los primeros críticos, los primeros debates: Macanaz, Feijóo, Sarmiento, Acevedo, Sempere y Guarinos, Forner.*

La primera traducción española de la obra de Beccaria se publicó en 1774. Circuló poco tiempo en libertad. En 1775 se encontró con la determinante crítica contenida en un libro de Fernando de Zevallos, que disparaba en todas direcciones, contra todas las novedades que estaba trayendo el pensamiento

²⁸ Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1764, ed. de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974.

²⁹ *Réfutation. Des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, Lausanne, 1767.

ilustrado³⁰. Y un edicto de la Inquisición de 20 de junio de 1777 prohibió *De los delitos y las penas*³¹. Nada puede extrañar el interés del Tribunal del Santo Oficio considerando que, como ha quedado explicado, usaba todos los procedimientos y métodos punitivos que Beccaria criticaba por su inutilidad y crueldad.

Hubo autores insignes y muy influyentes, como Lardizábal o Jovellanos que, como luego se verá, asumieron casi por completo el programa beccariano. Pero esto ocurrió en el último tercio del siglo XVIII. Sin embargo, antes de que se publicara en Italia por primera vez, en 1764, el libro de Beccaria, ya se habían producido en España escritos que criticaban los métodos del sistema penal.

Un libro entusiasta del P. López Peláez, publicado en 1901³², sostuvo, con cierta proyección ulterior, que el autor pionero de la nueva corriente de pensamiento penal había sido fray Martín de Sarmiento. Plasmó sus ideas en una obra titulada *«Impugnación del escrito de los abogados de La Coruña contra los foros benedictinos»*. Contenía algunas consideraciones sobre la pena de muerte, cuya abolición postulaba en términos absolutos, sin ninguna excepción. Iba más lejos, por tanto, de lo que se atrevería Beccaria poco más tarde. El texto del P. Sarmiento es de 1762 y señalaba la necesidad de suprimir en toda clase de crímenes esa «pena bárbara, inútil y contraproducente». No creía el fraile en el valor intimidatorio de la pena de muerte y pretendió su sustitución por castigos que permitieran aprovechar para la sociedad el trabajo del delincuente.

Pese a que Sarmiento constituye un buen ejemplo de pensamiento abolicionista prebeccariano, no fue, desde luego, el primero en criticar el sistema penal en el siglo de las luces.

³⁰ El libro de Fernando de Zavallos se titula *La falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convenidas de crimen de Estado contra los soberanos*. Es una obra extensa. En su tomo V, publicado en 1775, es donde está la crítica, entre los «Falsos filósofos», a Beccaria, y se pronuncia gravemente sobre diversos pasajes de su obra.

A Zavallos se refiere Menéndez Pelayo en su *Historia de los verdaderos heterodoxos española*, III, CSIC, 1992, pág. 801.

³¹ El interés de la Inquisición en que no se divulgara una crítica contra los procedimientos penales era obvio porque le afectaba muy directamente. Hay una visible premonición de que así ocurría en el informe que elaboró la Academia de la Historia a efectos de la publicación del libro de Beccaria, donde se dice: «la Academia, 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 principios». Se refería a la traducción castellana de Juan Antonio de Las Casas, que aunque fue autorizada, se hizo con todas las precauciones y advertencias.

³² *Los escritos del P. Sarmiento y el siglo de Feijóo*, La Coruña, 1901.

Quizá corresponda a Macanaz la gloria de haber sido el primer reformista español. Don Melchor elevó en 1722 a Felipe V un escrito titulado «Auxilios para el bien gobernar una monarquía católica»³³.

Defiende la necesidad de aprobar leyes claras y de atribuirles en exclusiva la función de regular las potestades del Estado en relación con los súbditos y, sobre todo, de pautar el comportamiento y enmarcar el ámbito lícito de decisión de los jueces y tribunales. Entre estas propuestas de reforma hay una referida a la pena de muerte que dice: «Es práctica casi inconcusa en España castigar con la pena ordinaria de muerte al que hizo uno o más robos sin concurrir otras circunstancias que hagan mayor el delito.... Castigar estos reos con la pena de muerte es quitar al Estado tantos miembros como los que fallecen en el patíbulo. Y, en todo caso, un hombre vivo puede producir mucho más al reyno, y quedar castigado su delito, sin facultad para volver a cometerlo». Propone penas sustitutivas como los trabajos forzosos de por vida en minas, arsenales o galeras, con la seguridad de que una pena perpetua intimida más que la muerte.

Estas ideas reformistas estaban vinculadas al regalismo de Macanaz, desarrollado después en su famoso «Pedimento de los cincuenta y cinco párrafos», centrado sobre todo en la necesidad de privar a la Iglesia de poderes y funciones que deberían corresponder al Estado. El atrevimiento le valió el procesamiento por la Inquisición, y la condena³⁴.

Otro precursor del pensamiento reformista penal fue el padre Jerónimo Feijóo. Sus escritos manifiestan repulsión contra el tormento; no contra la pena de muerte, que acepta con naturalidad como un castigo necesario. Su queja de la tortura no toma en cuenta solamente su crueldad sino, sobre todo, la absoluta falta de fiabilidad de la misma para determinar la verdad. El resultado de la prueba depende, en gran medida, de la resistencia del reo. En la décima de las «Paradojas políticas y morales», que figuran en el volumen VI (1734) de su *Teatro crítico universal*³⁵, dice el benedictino: «Quien tiene valor para tolerar el cordel

³³ Manejó este texto J.R. Casabó Ruíz, «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Enero-abril 1969.

³⁴ Sobre el proceso de Macanaz, Jaime Contreras Contreras «Guerra entre inquisidores. Los antecedentes del proceso de don Melchor de Macanaz», en S. Muñoz Machado (ed) *Los grandes procesos de la historia de España*, cit., y en C. Martín Gaité, *El proceso de Macanaz. Historia de un empapelamiento*, 4.^a ed, Anagrama, Madrid 1988.

³⁵ J. Feijóo, *Paradojas políticas y morales*, en *Obras escogidas*, estudio preliminar de V. de la Fuente, Biblioteca de Autores Españoles, Ed. Atlas, Madrid, 1952. También la edición y prólogo de A. Millares, del Teatro Crítico Universal, Espasa-Calpe, Madrid 1973.

niega la culpa aunque sea verdadera; quien no lo tiene la confiesa, aunque sea falsa».

Salvo en su oposición a la tortura, en todo lo demás Feijóo fue acérrimo defensor de la máxima severidad en la aplicación de las penas, no criticó los modos de ejecutarlas y se mostró contrario a las aplicaciones de la clemencia, que le parecieron una forma inaceptable de debilidad y de injusticia (alegó ardorosamente sobre la eliminación «de toda república los peligrosos melindres de la piedad»)³⁶. Le parece pertinente, no obstante, que las penas puedan moderarse considerando las circunstancias del reo, la utilidad para la república o los inconvenientes graves que puedan seguir al castigo.

La pena de muerte le parece un castigo correcto, menos cruel de lo que representa (Feijóo llegó a pensar que el ajusticiamiento no era doloroso)³⁷ porque la vida consciente se pierde al primer golpe que el condenado recibe.

En la mitad del setecientos la crítica contra la pena de muerte y las inseguridades del sistema penal también se desarrolló en España en el ambiente de los propios tribunales de justicia.

Sempere y Guarinos explicó en su *Ensayo de una biblioteca de los mejores escritores del reinado de Carlos III*³⁸ las reacciones que provocó una pragmática de Felipe V y la proyección de este debate a la aplicación judicial de la norma.

La pragmática en cuestión fue publicada el 23 de febrero de 1734, y se dirigió derechamente a ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte, tanto para castigar delitos menores como para hacerlo sin consideración a las circunstancias personales del delincuente. Por ejemplo, imponía la pena capital a los mayores de diecisiete años que hubieran cometido un hurto en la corte o su rastro, «sin arbitrio para temprar ni conmutar esta pena en alguna otra más suave o benigna».

En la Novísima Recopilación, que recoge la pragmática (12.14.3), se incluyen también otras resoluciones que reiteran, frente a cualquier duda, la severidad de sus enunciados y la exigencia de que fueran aplicados estrictamente en sus términos. De estas mismas disposiciones se pueden deducir las reticencias de los tribunales al aplicarla. Hasta el punto de que la Sala de Alcaldes del Consejo elevó una representación al Rey el 28 de febrero de 1744, en la que

³⁶ El texto es de *Balanza de Astrea o recta administración de justicia*. Y un análisis sistemático con amplias referencias en Eduardo Pérez Ferrer, «Ideas penales y penitenciarias del padre Feijóo», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, enero-marzo, 1964, págs. 429 y sigs.

³⁷ Hay discrepancias sobre este punto en las que interviene, desde una perspectiva médica, incluso G. Marañón: *Ideas biológicas del Padre Feijóo*, Espasa Calpe, Madrid, 1962.

³⁸ Edición facsímil de la Junta de Castilla y León, 1997.

pedía la inaplicación de la pragmática a los hurtos «simples de corta cantidad sin violencia o fuerza». El Consejo manifestó al Rey, en consultas de 9 de abril y 23 de noviembre de 1745, según recoge Sempere Guarinos, que la aplicación de la pena de muerte «sobre ser desmedida y nada proporcionada a la calidad del delito por el que se imponía, no lograba contener los robos, pues ni los robados se atrevían a denunciar a los ladrones, ni los testigos a declarar la verdad, consintiendo más bien en gravar sus conciencias, quebrantando el juramento, que ver condenado a nadie a muerte por un delito que no tenían por grave, ni digno de semejante pena».

El Rey, ante la representación del Consejo, decidió dejar margen a los jueces para aplicar la pena teniendo en cuenta las circunstancias que concurriesen.

En 1764 el Consejo volvió a expresar al Rey, entonces Carlos III, sus preocupaciones por su decisión de mantener la aplicación de la pragmática de Felipe V. Sempere narra con detalle los fundamentos de la nueva petición del Consejo³⁹. Así por ejemplo, explica «que las penas deben ser proporcionadas a los delitos, según la más, o menos, malicia; el mayor o menor daño; la premeditación para cometerlos u otras circunstancias... para establecer las diferencias con que se deba proceder en el castigo de los que conspiran contra las personas, vida y honor de los hombres, cuya gravedad puede elevarse hasta el último suplicio, y de los que roban candelas, y más si lo ejecutan sin violencia, rompimiento de casas ni de caminos, etc...».

Todas estas consideraciones del Consejo al Rey fueron creando un ambiente intelectual propicio, previo, como se constata por las fechas, a la publicación del libro de Beccaria en 1764, para impulsar la formación de un código criminal. Hubiera sido el primero de nuestra historia de haber prosperado la idea. La Sala de Alcaldes del Consejo, respondiendo a una solicitud del Rey, presentó una propuesta para «la formación de un Código Criminal o de Leyes Penales». El Consejo elevó al Rey esta propuesta el 25 de septiembre de 1770.

Puede considerarse que ese día comenzó en España el proceso de la codificación penal⁴⁰. No se llegó a formular ningún proyecto, pero la idea la retomó el ministro Roda en 1766; hizo un encargo en tal sentido a Manuel Lardizábal, que lideró una junta formada al efecto. Tras un largo período de estudio y no pocas interrupciones, Lardizábal presentó sus trabajos a la Junta de Legislación

³⁹ Todas estas consideraciones las hace Sempere y Guarinos en su *Ensayo* citado, con ocasión de explicar la obra de Lardizábal, volumen II, pág. 166 y sigs.

⁴⁰ J.R. Casabó Ruíz, «Los orígenes de la codificación penal en España: el Plan de Código Criminal de 1778», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, enero-abril 1969, pág. 320.

encargada de examinarlos. Elevó después el proyecto a Floridablanca, el 29 de marzo de 1787. Dos años más tarde, un cambio en la Junta de Legislación nos ofrece la última noticia sobre la situación del proyecto: fue el 13 de febrero de 1789. Estaba a punto de iniciarse la Revolución Francesa. No estaban los temerosos espíritus monárquicos españoles en buena disposición para aceptar reformas que flexibilizasen el sistema penal en un momento en que las ideas revolucionarias amenazaban con pasar los Pirineos⁴¹. Una buena prueba de esa actitud es que el importante libro de Filangieri, *Ciencia de la Administración*, que tuvo una gran influencia en el Código criminal cuya redacción lideró Lardizábal, y que había empezado a publicarse en España, traducido por Jaime Rubio, en 1787, fue prohibido por la Inquisición el 7 de marzo de 1790.

Volviendo ahora a los escritores españoles influyentes en las reformas de la legislación criminal, el libro de Alonso María de Acevedo, publicado en latín en 1770 y traducido al castellano en 1777 («*Ensayo sobre la tortura o cuestión del tormento, de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan y de la abolición del uso de la tortura principalmente en los tribunales eclesiásticos*»), mereció elogios de los reformistas, y una crítica implacable de los conservadores, representados en este asunto por el canónigo sevillano Pedro de Castro, que escribió inmediatamente su *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron e impugnación del tratado que escribió sobre ella el doctor don Alonso María de Acevedo* (Madrid, 1778). Sempere y Guarinos, que dedicó a Acevedo un artículo en su *Ensayo sobre una biblioteca de los mejores escritores del reinado de Carlos III*⁴², proclamó sus méritos y elogió su importante currículum de jurista y escritor de obras sobre leyes y procesos. Sempere toma nota de que un autor de la importancia de Brissot de Warville había dicho que en España la «filosofía de la jurisprudencia» estaba a cero basándose en la inconcebible apología de la tortura que había publicado Pedro de Castro.

Sempere y Guarinos contesta, patriótico y mejor informado, la crítica de Brissot señalando que en nuestros antiguos reinos no se practicó o se prohibió la tortura con más asiduidad y prontitud que en Francia. Invoca la autoridad de Juan Luis Vives, que fue el más caracterizado de los humanistas que criti-

⁴¹ Sobre ello, Juan Antonio Alejandre «La censura de libros y folletos de contenido político en las últimas décadas del siglo XVIII y en las primeras del siglo XIX», en el libro, coordinado por E. Gacto Fernández, *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 89 y sigs. Me refiero a esta cuestión por extenso en mi libro *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Crítica, Madrid, 2013, págs. 121 y sigs., donde recojo también la bibliografía fundamental.

⁴² En el volumen 1, pág. 78 y sigs.

caron en el siglo XVI dicha brutal práctica. Y en el siglo XVIII, desde sus comienzos, relaciona diversos autores que se han pronunciado contra la tortura, como Macanaz, Feijóo, Acevedo o Lardizábal. Y cita también la expresiva representación elevada a Fernando VI en 1752 por el Marqués de la Ensenada, en la que hizo un repaso general de los defectos de la enseñanza del derecho en las universidades, proponiendo reformas.

En la actualidad, concluye Sempere, «apenas hay en Madrid abogado de alguna instrucción que no conozca la necesidad de quitar de los tribunales una práctica tan contraria a la humanidad y tan poco útil para la averiguación de los delitos».

No obstante, aunque Sempere no lo dice, no estaba tan clara la posición del Colegio de Abogados de Madrid. Tenía encomendada la intervención en los procedimientos para el otorgamiento de licencias de edición de libros jurídicos⁴³ y, a este propósito, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el libro de Castro, apologético de la tortura. Pedro de Castro había presentado su obra a la Real Academia de la Historia, que informó negativamente su aprobación mediante una resolución de 26 de mayo de 1774, por considerarla «opuesta a las leyes y contraria a todas las reglas de la razón». Sin embargo, el Colegio de Abogados la aprobó y consideró que la tortura era una práctica «justa, útil y necesaria».

El mismo Colegio aprobaría directamente el uso de la tortura en 1777⁴⁴.

Pedro de Castro, que había sido criticado duramente por Lardizábal y Sempere y Guarinos, escribió como réplica una «Carta satisfactoria» al primero y una «Carta instructiva» al segundo, que dejó escrito que no había recibido. Solicitó Castro autorización para publicarlas y no obtuvo contestación.

Con este mismo silencio obsequió el Colegio de Abogados al último gran texto contra la tortura escrito por el ilustre abogado de Madrid, formado en la Universidad de Alcalá de Henares y más tarde fiscal y magistrado, Juan Pablo Forner. Su *Discurso sobre la tortura*, escrito hacia 1791, no llegó a obtener autorización para publicarse⁴⁵.

La explicación que da Forner en el preámbulo de su obra, de las razones que le llevaron a escribirla, son dignas de ser consideradas porque imputa a Pedro de Castro, «canónigo de esta Iglesia de Sevilla e inexorable defensor de

⁴³ Sobre ello J. Alvarado Planas, *Justicia, libertad y censura en la Edad Moderna*, Ministerio de Justicia y BOE, Madrid 2007.

⁴⁴ Cit. en M. Rivacoba y Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1964.

⁴⁵ Rivacoba hizo una edición primera del *Discurso sobre la tortura* de Forner. La más reciente, con un estudio preliminar de Santiago Mollfulleda, Crítica, Barcelona, 1990.

la tortura», la incitación a escribirla. La ocasión que dio lugar a esta petición, que parece que Castro planteó como una reclamación ante Forner, fue una causa en la que éste había intervenido en su tribunal de Sevilla y en la que, siendo suficientes los indicios acumulados, propuso aplicar inmediatamente la pena prescindiendo de la prueba de tortura, «fundado —dice— en que la confesión del reo no podía añadir a los indicios más evidencia de la que tenían en sí, y su negación podía privar a la justicia de una víctima que le era debida, no solo en rigor, sino en necesidad».

Forner continúa su explicación: «El señor Castro supo que yo había hablado de la tortura en términos menos rígidos de los que este ministro del Dios de las misericordias usó en su famosa defensa del potro; y tanto bastó para que, pasando a honrarme con una visita, me instase eficazmente a que le diese por escrito lo que había orado en el tribunal, o para retractarse, si le convenían mis razones, o para impugnarlas, si no le convenían».

Y de aquí el libro, que usó muchas más citas de la literatura clásica en su cultivado ataque de la tortura que referencias del pensamiento ilustrado propio de la época en que estaba viviendo. En todo caso, fue un libro muy influyente, que combatió la tortura aceptando las razones más comúnmente repetidas en otros autores: además de ser un suplicio cruel, es también, entre todas las pruebas, la que más propicia el error: «La tortura, atendida su incertidumbre, no pasa de los términos de un mero indicio, e incluso debilísimo y fragilísimo».

2.—*Manuel Lardizábal, el gran sistematizador*

Manuel Lardizábal nació en 1739 en la Hacienda de San Juan del Molino, en la provincia de Tlaxcala, Nueva España, y allí permaneció hasta que se trasladó a España junto a su hermano Miguel. Terminó en Valladolid sus estudios de derecho civil y canónico.

Pasados los años sería juez de lo penal, «alcalde del crimen», en la Chancillería de Granada. De allí pasó al Consejo Real, donde destacó por su calidad de jurista, recibiendo el encargo, como se ha señalado en el apartado anterior, de preparar un proyecto de código que completaría la Nueva Recopilación.

En la Corte y el Consejo fue un hombre distinguido y respetado, pero que adoptó en cada momento las decisiones que más se le acomodaron. Precisamente por eso su biografía muestra una fluctuación notable, demostrativa de su habilidad para acomodarse a las circunstancias de cada ocasión. Fue depurado, junto con otros consejeros, por Godoy, y repuesto en su cargo por

Fernando VII. Cuando se inició la guerra de la independencia estuvo con quienes se alzaron contra los franceses⁴⁶. Pero ello no fue óbice, como muestran sus biógrafos más minuciosos, para que apareciera firmando en Bayona la Constitución de 1808, otorgada por Napoleón. Como escribió Antón Oneca⁴⁷, no fue, probablemente, un héroe, pero tampoco un afrancesado, al menos en el sentido de que nunca pudo imputársele una traición a la patria. Él se situó siempre al lado de la legalidad monárquica. Formó parte, como suplente, de la Junta Suprema de gobierno que había designado Fernando VII y que presidió el infante don Antonio. Tal vez su condición de funcionario le llevó a estar siempre al lado de las instituciones y a aceptar las instrucciones y órdenes recibidas por ese conducto. Quizá esta fuera la razón de que don Manuel acudiera a Bayona, como uno de los cuatro consejeros de Castilla que asistieron a las Cortes allí convocadas, atendiendo las coacciones y exigencias que se les impusieron.

Dado que su presencia en Bayona fue en parte forzada, le resultaría más fácil retornar a la lealtad con la monarquía depuesta. Y así, tras la victoria de Bailén, el Consejo al que pertenecía se apresuró a declarar nulas las abdicaciones y la Constitución firmada en aquella ciudad. El auto acordado en este sentido, de 12 de agosto de 1808, lleva la firma de Lardizábal junto a la de otros veintiún consejeros.

El Consejo había perdido autoridad cuando se constituyó y empezó a actuar la Junta Suprema Central Gubernativa, que presidió Floridablanca y de la que formó parte Jovellanos. Pero cuando la Junta, ante la proximidad de las tropas de Napoleón a Madrid, decidió trasladarse a Toledo, el Consejo permaneció en la capital y organizó una Junta de defensa que fue vencida y disuelta, junto con el propio Consejo, tras caer la ciudad ante los franceses. Los consejeros fueron condenados pero los de más edad fueron eximidos de ingresar en prisión, entre los cuales Lardizábal.

Todos estos hechos fueron determinantes de que, al regreso de Fernando VII, no cupiera ninguna duda de su fidelidad ni de las inclinaciones ideológicas del ilustre penalista. Tras restablecerse el Consejo Real (heredero del de Castilla), Lardizábal fue designado consejero.

Su obra fundamental, además del *Discurso sobre las penas*, que se analizará en seguida, fue su contribución a la edición, en latín y en castellano, para la

⁴⁶ Vid. Rivacoba, cit. Y también J. Sarrailh, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974.

⁴⁷ J. Antón Oneca «El derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 174, 1967.

Real Academia Española, del *Fuero Juzgo*. Lardizábal había ingresado en la Academia de la Lengua como miembro de número en 1775, y los trabajos para la edición del *Fuero juzgo* comenzaron en 1784. Don Manuel fue Secretario perpetuo desde 1786. La razón de ser de ese trabajo radicó en la consideración de que el *Fuero juzgo* era «monumento de los más calificados de nuestro idioma... y uno de los ensayos que más contribuyeron a formar el nuevo romance castellano y a darle aquel grado de pulidez y hermosura con que a poco se mostró en Las Partidas y otros escritos coetáneos»⁴⁸.

La preparación del texto fue tarea encomendada a varios académicos pero el estudio preliminar que acompañó a la edición de 1815 es obra exclusiva de Lardizábal. Lleva el título «Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del libro o Fuero de los jueces y su versión castellana».

En el prólogo la Academia reconoce el trabajo de Lardizábal, «uno de sus individuos más antiguos y beneméritos, uno de los ministros que más honran a la magistratura española con sus luces y sus virtudes...».

Su obra fundamental, decisiva en la refundación del derecho penal español contemporáneo⁴⁹, fue *Discurso sobre las penas*⁵⁰ publicado en 1782.

⁴⁸ Esta explicación del prólogo de la Academia a su edición del *Fuero juzgo* dice más adelante: «La presente edición del Fuero Juzgo castellano ofrece gran parte de la historia primitiva de nuestro idioma. Aquí se verá por numerosos exemplos, que instruyen mil veces mas que los meros discursos o racionios, el modo con que el latín ya corrompido y bárbaro en que había degenerado el que hallaron los godos en la península quando la invadieron en el siglo v, se iba transformando rápidamente en otro idioma diferente a principios del XIII; cómo se iban dexando las terminaciones antiguas y tomando las nuevas; cómo se mudaban unas letras en otras; cómo se disminuía á veces y á veces se aumentaba la concurrencia de las consonantes; cómo titubeaba la escritura antes de que se fixaran las palabras; cómo prevalecía en algunas provincias el uso de ciertas letras é idiotismos según la diversa pronunciación de los habitantes; como por el contrario desaparecían los casos de los nombres, y la mayor parte de los participios que los latinos usaron; y cómo se iba estableciendo y consagrando por el uso el modo de suplir la falta de esta variedad y gala, que dá tanta ventaja á la lengua matriz sobre las modernas que de ella nacieron...». La edición del *Fuero juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, por la Real Academia Española fue impresa por Ibarra, Madrid, 1815.

⁴⁹ De la fijación en la doctrina española, en la práctica procesal y en la interpretación de las leyes, de las ideas de Lardizábal es una buena muestra la obra de Dou y Bassols, *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas del gobierno de cualquier Estado*, Madrid, 1802, facsímil de Branch Editor, Barcelona 1975. Los tomos VII y VIII de esta obra están dedicados al estudio general de los delitos y las penas, y el segundo citado contiene referencias a la tortura. Las alusiones a la obra de Lardizábal como criterio fundamental para resolver sobre la legalidad o la interpretación de una determinada norma se repiten página tras página.

⁵⁰ El título completo es *Discurso sobre las penas, contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Está editado en 1782 por Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M.

Es un libro alineado con los principios reformadores que habían desarrollado los pensadores ilustrados, franceses e italianos, y también los autores españoles que se han citado. En Lardizábal se encuentran, dentro de ese ámbito ideológico, muchas propuestas originales fundadas sobre todo en su experiencia, que ya era muy amplia cuando escribió el *Discurso* y, desde luego, incomparable con la de Beccaria que, pese a su genialidad e influencia, escribió a los veintiséis años sin conocer nada o muy poco de la práctica de la legislación criminal, más allá de lo aprendido en los ambientes intelectuales franceses e italianos.

La erudición que muestra el *Discurso* es mucha, probando un conocimiento del pensamiento criminalista que abarca con desenvoltura la literatura clásica y, desde luego, los principales autores que habían abordado la cuestión en su siglo. Muy especialmente Montesquieu y Beccaria, continuamente presentes en la obra. A veces incluso se puede verificar que el autor omite alusiones al italiano porque éste a su vez las ha tomado de *L'esprit des lois* y, sin decirlo, Lardizábal prefiere al creador de la idea más que a su continuador. Para el conocimiento directo de la legislación comparada, sobre todo la francesa, se vale del libro más prestigioso del momento que es el de Muyard de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, publicado en 1790 como ya nos consta. Pero como Lardizábal está próximo a las ideas de Beccaria, aunque a veces disputa y se aparta de sus soluciones, no llega a citar la diatriba de Muyard contra el libro de éste. También están las citas justas de Rousseau para explicar el alcance del contractualismo como justificación del derecho punitivo, y las de Brissot de Warville, el otro gran penalista francés reformista.

La conexión de Manuel de Lardizábal, pese a su trayectoria política marcadamente conservadora, con lo mejor del pensamiento ilustrado sobre las reformas de las leyes penales se hace visible de modo palmario a lo largo de todo su discurso sobre las penas, aunque, algunas veces, por su propia experiencia en materia criminal y otras por sus conservadoras prevenciones a dejarse arrastrar por modas no probadas, incorpora con reservas o matizaciones algunas, pocas, de las elaboraciones de los pensadores europeos mencionados.

Lardizábal, en todo caso, llevó a cabo la primera gran sistematización en España del pensamiento ilustrado en materia criminal. He aquí una síntesis de las ideas centrales del *Discurso sobre las penas*:

— El contractualismo como fundamento del poder punitivo del Estado: «Cuando los hombres por evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente, que para que esta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad... Debiéron por consiguiente estipular en este acto, á lo ménos tácitamente, por ser un medio esencialmente necesario para conseguir el fin que se proponían,

y muy conveniente á las necesidades de los hombres, que todo atentado contra el bien común y de los particulares fuese castigado por la pública autoridad, porque las penas son las áncoras de la república, como elegantemente dice Demóstenes. Este es pues el primer origen de las penas...»⁵¹.

— Sobre la adecuación de la pena al delito y los ajustes que la proporcionalidad impone, las ideas de Lardizábal proceden del primer mentor de esta clase de ajustes, que fue Montesquieu, a quien cita expresamente: «Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu, quando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, o del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre cuando se le castiga, sino sus mismas acciones». «... entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, a cuya regulación contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito... Esta igualdad es la que llamamos proporción entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria»⁵².

— La ejemplaridad es uno de los fines más esenciales de las penas, lo que Lardizábal justifica tomando textos de *Las Partidas*. Incluso para el mayor efecto propagandístico de la pena, aconseja adoptar una costumbre establecida en Francia consistente en que, cuando se condena un reo a la pena capital, se imprime la sentencia con un extracto de la causa y se vende a público el día de la ejecución para que pueda tener mayor conocimiento de sus razones⁵³.

— Se remonta a *Las Partidas* para recomendar que las causas criminales se tramiten con celeridad. Añade el autor: «Si se quiere mantener el orden público, es necesario observar con vigilancia á los malos, perseguirlos sin intermisión, y castigarlos con prontitud»⁵⁴.

— Recomienda un cambio capital: la sustitución de la presunción de culpabilidad, sobre la que operaba la justicia del Antiguo Régimen, por la presunción de inocencia. Dice: «Qualquier reo, mientras no es convencido y condenado legítimamente, es acreedor de justicia a todos los miramientos que dicta la humanidad, débensele excusar por consiguiente, en quanto sea posible, las aflicciones y anxiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la qual se aumenta con la privación de la libertad, con molestias y vexaciones de la prisión, las quales deben excusarse enteramente...»⁵⁵.

⁵¹ *Discurso*, págs. 23 y 24.

⁵² *Discurso*, págs. 35, 41, 43, 47, 49 y *passim*.

⁵³ *Discurso*, págs. 51, 52 y 53.

⁵⁴ *Discurso*, pág. 55.

⁵⁵ *Discurso*, pág. 56.

— Lardizábal se manifiesta en contra de las medidas de indulgencia. La humanidad y buen trato de que es acreedor un procesado ha de convertirse, para nuestro autor, en inflexibilidad en punto a imponerle «la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer otra cosa»⁵⁶. No reconoce a los jueces arbitrio para aplicar la ley, y tampoco para perdonar, que «es virtud del legislador, pero no de los depositarios y executores de las leyes»⁵⁷.

— La regulación estable y clara de los delitos y las penas, una de las grandes reivindicaciones del pensamiento ilustrado, está recogida en el *Discurso* de Lardizábal reiteradamente. Por ejemplo: «Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente a examinar, si el acusado ha o no a la ley, para absolverle, o condenarle en la pena señalada por ella. Si se dexase en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas o alterarlas, se causarían innumerables males a la sociedad... Si no hay leyes fixas, o las que hay son obscuras, o están enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre a este daño, haciendo leyes, declarando las obscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las antiquadas»⁵⁸. Incluso propone, en los casos de que la oscuridad de la ley sea importante y decisiva, que se recurra al príncipe «para que declare su intención»⁵⁹, anticipando una fórmula de consulta que terminaría implantándose en Francia, con la figura del *référé législatif* después de la Revolución de 1789.

— Los fines de la punición pública están expresados en los términos que adoptó el mejor pensamiento ilustrado europeo: «La corrección del delincuente para hacerle mejor, y si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad: el escarmiento y exemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo: la seguridad de las personas y de los bienes: el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social, o a los particulares»⁶⁰. Asume la experiencia que enseña que la mayor parte de los condenados a presidios y arsenales «vuelven siempre con más vicios que fueron», por lo que se pronuncia a favor de establecer «casas de corrección»⁶¹.

⁵⁶ *Discurso*, pág. 58.

⁵⁷ *Discurso*, pág. 59.

⁵⁸ *Discurso*, págs. 70, 71 y *passim*.

⁵⁹ *Discurso*, pág. 76.

⁶⁰ *Discurso*, págs. 84 y 85.

⁶¹ *Discurso*, pág. 85.

— Disiente del pensamiento de Beccaria en cuanto a la separación estricta de las infracciones que tuvieren que ver con la religión. Beccaria había sostenido que la medida de los delitos ha de ser siempre el daño hecho a la sociedad. La crítica deriva de la ideología conservadora de Lardizábal, más que de su experiencia y usa, para contestar la propuesta de Beccaria, argumentos un punto exagerados cuando no ridículos⁶². También frente a la propuesta de Beccaria, seguida exactamente por Brissot de Warville, de que las únicas medidas de los delitos sean el daño hecho al orden público o a los particulares, Lardizábal entiende que existen también circunstancias que deben tenerse en cuenta, como «la deliberación y conocimiento del delincente, el mal ejemplo que causa el delito, los impulsos o causas que estimulan a delinquir, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo e instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delincente y del ofendido...»⁶³; aseveraciones de las que se sigue que Lardizábal acepta especializaciones y variantes del derecho punitivo derivadas, entre otras circunstancias, de la clase, estado o empleo de cada individuo. Frente a Brissot, que postula la igualdad estricta, Lardizábal sostiene que un noble no debe ser castigado al mismo género de pena que un plebeyo, un esclavo que un hombre libre, y lo explica con muchos antecedentes⁶⁴.

— El extenso capítulo V de su *Discurso* está dedicado al examen particularizado de cada una de las penas, cuyas características expone proponiendo las clases de delito a los que pueden aplicarse. Por lo que concierne a la pena de muerte, también polemiza con Beccaria. No se muestra tan contundente como éste respecto de la supresión («Abolirla enteramente en un Estado, sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos mas atroces y peligrosos, que casi no pueden expiarse sino con sangre») ⁶⁵. Pero no está muy lejos del pensamiento beccariano respecto de cuáles deben ser los supuestos excepcionales en que puede aplicarse la pena capital para no caer en «crueldad y tiranía». El marqués de Beccaria, como quedó expuesto más atrás, solo admitía dos hipótesis, la segunda formulada de forma bastante oscura, en las que podría imponerse la pena de muerte. Lardizábal critica con cierta sorna estas conclusiones diciendo que, desde una perspectiva del pacto social, no se entiende por qué razón los hombres aceptaron que se les quitara la vida solamente en estos dos casos tan determinados. Lardizábal evalúa también la alternativa de la «esclavitud perpetua y trabajosa», y, si en verdad, como pretendieron Beccaria y Brissot, es una penalidad que aventaja por muchas razones a la pena capital. También muestra

⁶² *Discurso*, págs. 99 a 102.

⁶³ *Discurso*, págs. 102 y 103.

⁶⁴ A partir de la pág. 144 de su *Discurso*.

⁶⁵ *Discurso*, pág. 165.

muchas reticencias a las argumentaciones de los dos mencionados autores aduciendo, además, las enormes dificultades de organizar y controlar un sistema punitivo en el que hubiera que vigilar a tantos esclavos. Su conclusión es que «las supremas Potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república: y siéndolo efectivamente en algunos casos, no sería justo, ni conveniente, proscribirla de la legislación; aunque la humanidad, la razón y el bien mismo de la sociedad piden que se use de ella con la mayor sobriedad, y con toda la circunspección posible»⁶⁶.

— No obstante la declaración anterior, formula a continuación una fuerte crítica contra los modos de ejecutar la pena de muerte vigentes en algunos estados europeos («El suplicio de la rueda y el destrozo o descuartizamiento de hombres vivos, que se usan todavía en algunas naciones, aunque cultas, hacen estremecer a la humanidad»⁶⁷). Y se congratula de su inaplicación en España, así como de que hayan desaparecido algunas formas de ejecución como el asatamiento o el fuego en vivo. También se pronuncia de modo terminante contra las penas corporales en general, sobre todo si implican mutilaciones. Con algunas, como los azotes, parece más tolerante⁶⁸.

— En fin, sobre el tormento, expone su historia en nuestra legislación. No estuvo contemplado en las primeras leyes de Castilla, sino que se introdujo por primera vez en Las Partidas. Para alegar contra esa legislación y su práctica usa, como primera referencia de autoridad, los escritos de Luis Vives. Más adelante constata el progreso de las reformas legislativas que lo han prohibido. Lardizábal se muestra absolutamente contrario a la tortura judicial, y se levanta contra las opiniones de Pedro de Castro, a cuya obra y circunstancias ya se ha hecho referencia, criticando su aborrecible e insostenible defensa de la tortura⁶⁹.

3—. *El duelo. Jovellanos y «El delincuente honrado»*

El duelo, tanto en el sentido más primerizo de justicia privada como en sus versiones más formales, cruza como argumento la literatura española desde *El cantar de mio Cid* hasta *Tristán o el pesimismo* de Palacio Valdés, ya a prin-

⁶⁶ Este último párrafo transcrito, en *Discurso*, pág. 185. La argumentación sobre la pena de muerte se inicia en la pág. 165.

⁶⁷ *Discurso*, pág. 186.

⁶⁸ Este grupo de argumentos, a partir de la pág. 188.

⁶⁹ Págs. 243 y sigs.

cipios del siglo XX⁷⁰. Desde una pragmática de los Reyes Católicos de 1480, fue una práctica prohibida, que no obstante no debió ser muy atendida porque Felipe V volvió a prohibir los duelos y desafíos mediante otra pragmática de 16 y 27 de enero de 1716, que reiteró Fernando VI el 28 de abril de 1757, y que tampoco parece que se cumpliera estrictamente por lo que la literatura y las colecciones de jurisprudencia nos ilustran sobre su continuidad.

Conviene pararse un momento en recordar sus características, aunque solo sea para distinguir, porque son relevantes, los conceptos de duelo, desafío y ripto que, como denunció Manuel Torres⁷¹, aparecían confundidos habitualmente en los escasos estudios existentes sobre la materia⁷².

La represión por la propia mano en caso de ofensa es originalmente una forma de ejercicio de la venganza privada que algunos fueros locales consideran legítima en determinados supuestos. Se trata de una lid o combate entre dos personas sin más protocolo. Con el tiempo se añadirían a su práctica algunas formalidades establecidas en códigos de honor. En los fueros municipales aparecen muchas indicaciones sobre la transformación del duelo en una ordalía, una prueba formal que sirve para justificar el perdón o el castigo. Pero entre la nobleza la confrontación privada y la satisfacción de las agresiones de cualquier clase se convertirían en un procedimiento formal con intervención incluso del rey para su práctica⁷³.

Este procedimiento fue finalmente regulado en textos básicos como el Fuero Real, Las Partidas o el Ordenamiento de Alcalá. El régimen jurídico del ripto en estos textos es el siguiente:

⁷⁰ Armando Palacio Valdés, *Tristán o el pesimismo. Novela de costumbres*, primera edición Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1906.

⁷¹ «Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla en la Edad Media», publicado en el *Anuario de Historia del Derecho Español* X, 1933.

⁷² Estos estudios previos pueden ser, por ejemplo, el de Hinojosa, «El Derecho en el poema del Cid», en *Estudios sobre la Historia del Derecho español*, Madrid, 1903; Mose Diego Varela, *Tratado de rieptos y desafíos*, publicado en el siglo XV; Paz y Meliá, *Desafíos entre antiguos caballeros e intervención de los Reyes* (1897); Pedro de Orozco, *Tratado del ripto*; Sierra y Valenzuela, *Duelos, rieptos y desafíos* (1878); Enrique Leguina, *Torneos, ginetas, rieptos y desafíos* (1904).

Remito también a Alonso Otero Varela, que cita otros varios estudios en su completo trabajo «El ripto en el Derecho castellano-leonés» incluido en «Dos estudios histórico-jurídicos», *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* n.º 4 CESIC.

⁷³ En general, puede verse A. Otero Valera, «El ripto en los fueros municipales», AHDE, XXXIX, 1959, pág. 153 y siguientes; F. Tomás y Valiente, «*El Derecho penal de la monarquía absoluta*», Madrid, Tecnos, 1969, pág. 46 y siguientes. Y J.L. Bermejo Cabrero, «Aspectos normativos sobre rieptos y desafíos a fines de la Edad Media», en *España Medieval* n.º 22, Madrid, 1999, págs. 37-60.

Las Partidas lo definen como una acusación de traición o de aleve, hecha por un hidalgo a otro de su clase. Riepto viene del latín *repetere*, que quiere decir recontar porque de lo que se trata es de repetir delante de la corte en qué consistió la actuación torcida o deshonrosa de que fue víctima el «reptador»⁷⁴. Se trata de obtener de la corte un reconocimiento de la existencia de la traición o alevosía de que ha sido objeto un hidalgo. En el procedimiento el rey actúa ejerciendo justicia a tal respecto. Puede llevarse a cabo en una corte constituida o convocada al efecto. La traición y el aleve, que pueden fundamentar el riepto, no son conceptos equivalentes. Traición aparece en algunos textos como falta de la fe debida al rey, mientras que el concepto de aleve se reserva para las demás ofensas a otro hidalgo⁷⁵. El aleve es la comisión de ciertos actos sin previo desafío. La importancia de desafiar antes de cometer ninguna agresión o deslealtad viene de que en los textos medievales (Fuero Real, 4.21.I) se considera que los hidalgos establecieron un acuerdo, con consentimiento del rey, tendente a no cometer ninguna agresión o injuria entre ellos. Quien la cometiera incurriría en aleve, a menos que devolviera la amistad que prometió al otro. La manera de devolver la amistad es el desafío, mediante el cual el desafiante pone en aviso al desafiado para evitarle un perjuicio imprevisto. Antes de que un hidalgo «caloñe», como dicen los textos medievales⁷⁶, a otro, debe devolverle la amistad. El desafío es, por tanto, la denuncia de la amistad establecida.

El estudio más pormenorizado sobre el procedimiento del riepto, que usó el Cid ante el rey y la corte contra los infantes de Carrión por las injurias ocasionadas a sus hijas doña Elvira y doña Sol, es el que ha hecho Alberto Montaner en su edición del *Cantar de mio Cid* (actualmente en la Biblioteca Clásica de la Real Academia Española, Madrid 2011). Remito en particular a las notas 2535 - 2762 (en páginas 946 y siguientes) y 2985 - 3532 (en páginas 978 y sigs.).

⁷⁴ Las Partidas, Ley 7, 3, I establecen la siguiente definición: «Riepto es acusamiento que faze un Fidalgo a otro por Corte, profaçandolo de la traycion, o del aleve, que le fizo; e tomo este nome de Repetere, que es una palabra de latin, que quiere decir tanto, como recontar, profaçandolo de la traydicion, o del aleve, que le fizo; e tomo este nome de Repetere, que es una palabra de latin, que quiere decir tanto, como recontar otra vez la cosa, diciendo la manera de cómo lo fizo. E este riepto tiene pro a aquel que lo faze, porque es carrera para alcançar derecho por el, del tuerto e de la deshonrra quel fizieron: e aun tiene pro a los otros que lo ven, o que lo oyen, que toman apercibimiento para guardarse de fazer tal yerro, porque non sean afrontados en tal manera como esta».

⁷⁵ En las Partidas (7,2,I) se distingue entre las deslealtades contra el Rey y las que se producen contra otro, que denominan aleve (*E sobre todo dezimos, que quando alguno de los yerros sobre dichos es fecho contra el Rey, o contra su Señorío, o contra pro comunal de la tierra, es propiamente llamado traycion; e quando es fecho contra otros omes, es llamado aleue, segund Fuero de España*).

⁷⁶ En el Diccionario actual de la RAE figura la palabra «acaloñar», que es exigir responsabilidad por un delito o falta.

El rey examinaba en la corte, acompañado al menos de doce caballeros, la declaración del reptador y, en su caso, las pruebas con que contaba. De no aceptarse por el reptado, esas pruebas podían fortalecerse con la lid o la pesquisa, entre las que se utilizaba preferentemente la primera.

La primera prohibición general de los duelos (que se iniciaban mediante el envío por parte del ofendido de un «cartel» al ofensor) es decidida por los Reyes Católicos en 1480. Dice el texto de la pragmática lo siguiente:

«Una mala usanda se freqüenta agora en estos nuestros reynos, que quando algún Caballero ó Escudero, ó otra persona menor tiene queja de otro, luego le envíe una carta, que ellos llaman *cartel*, sobre la queja que dél tiene; y desta y de la respuesta del otro viene á concluir, que se salgan á matar en lugar cierto, cada uno con su padrino ó padrinos, ó sin ellos, según que los tratantes lo concertan: y porque esto es cosa reprobada y digna de punición, ordenamos y mandamos, que de aquí adelante persona alguna, de qualquier estado y condición que sea, no sea osado de facer ni envíe á decir por palabra; y qualquier que lo contrario hiciere, siquier sean dos ó muchos, cayan é incurran por ello en pena de aleve, y hayan perdido y pierdan por ello todos sus bienes para la nuestra Cámara; y el que rescibiere el cartel, y aceptare la respuesta, haya perdido y pierda todos sus bienes para la Cámara, aunque trance y pelea no venga en efecto; y si dello se siguiere muerte o feridas, y el reqüestador quedare vivo de la reqüesta ó trance, muera por ello, y si el reqüestado quedare vivo, sea desterrado del reyno perpetuamente. Y porque en los tales delitos tienen gran culpa y cargo los tratantes, que llevan y traen los mensajes y carteles desto, y los padrinos que usan con ellos; mandamos que ninguno sea osado de ser en esto tratante, ni llevar ni traer los carteles y mensajes, ni sean padrinos de tal trance ó pelea; so pena que por el mismo fecho caya é incurra cada uno dellos en pena de aleve, y pierda todos sus bienes, y sean las dos tercias partes para la nuestra Cámara, y el otro tercio para la persona que lo acusare, y para el Juez que lo sentenciare: y que los que miraren, y no los departieren, pierdan los caballos y mulas en que fueren, y las armas que llevaren; y si fueren á pie, que pague cada uno seiscientos maravedís, y que estas penas se repartan en la forma suso dicha» (*Ley 10. Tit. 8.lib. 8. R.*). (1 y 2).

La utilización del duelo como forma de satisfacer las ofensas y de castigar, en su caso, al agresor continuó practicándose con frecuencia por lo que resulta de lo establecido casi dos siglos y medio después por Felipe V en su pragmática de 16 y 27 de enero de 1716, ratificada por otra de Fernando VI de 9 de mayo de 1757. Como puede deducirse de su lectura, las responsabilidades se amplían y extienden a otros sujetos intervinientes en los duelos, y las penas se hacen mucho más severas porque se aplican tanto al reptador como al retado:

«... declaro primeramente por esta inalterable ley y Real pragmática, que el desafío ó duelo deba tenerse y estimarse en todos mis reynos por delito infame: y en consecuencia de esto mando, que todos los que desafiaren, los que admitieren el desafío, los que intervinieren en ellos por terceros ó padrinos, los que llevaren carteles ó papeles con noticia de su contenido, ó recados de palabra para el mismo fin, pierdan irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores que tuvieren por mi Real gracia y sean inhábiles para tenerlos durante toda su vida: y si fueren Caballeros de alguna de las quatro Ordenes Militares, se les degrade de este honor, y se les quiten los Hábitos; y si tuvieren Encomiendas, vaquen, y se puedan proveer en otros; y esto demás de la pena de alevos y perdimiento de bienes establecida por mis abuelos los Reyes Don Fernando y Doña Isabel en la ley precedente, que mando sea observada en todo lo que por esta mi Real pragmática no se hallare innovada...».

«... Y si el desafío ó duelo llegare á tener efecto, saliendo los desafiados, ó alguno de ellos al campo ó puesto señalado, aunque no haya riña, muerte ó herida, sean sin remisión alguna castigados con pena de muerte, y todos sus bienes confiscados, de los quales se aplique la tercera parte á hospitales del territorio donde se cometiere el delito: y comenzando el proceso ó causa por este delito con dos testigos de fama, como abaxo se dirá, se seqüestren los bienes, y administren durante ella, y de los frutos se paguen los gastos que se ofreciere hacer, y se dé una recompensa razonable al denunciador; quedando tan solamente á los hijos del delinqüente el recurso á los Jueces de la causa, para que consultándomelo ántes, les den lo necesario para su preciso sustento. Y para que lo mandado por esta mi Real pargmática sea observado inviolablemente, y evitar que por medios indirectos se executen tales desafíos; declaro, que cualquiera riña que sucediere después del tiempo, y en otro lugar fuera de poblado, ó en poblado en puesto retirado ó á deshora, en que sobrevinieron las palabras ó otra cosa que dio motivo á ella, se tenga por desafío, y se castigue como tal, á fin de que no pueda aprovechar el fraude que pudiera haber, arfectando que se encontraron de casualidad los que riñeron, y no de caso acordado y convenido; y solo podrá el Juez de la causa minorar el rigor de la pena ordinario, quando por vehementes conjeturas y presunciones se probare, que no ha precedido desafío ó convención de reñir. Y porque el poder y autoridad de los delinqüentes, y el recato con que se comete este delito dificultan su probanza y averiguación; mando, que se pueda probar con testigos singulares, indicios y conjeturas, de manera que las probanzas sean igualmente privilegiadas en este delito que en el de lesa Magestad...».

Esta regulación tan severa planteó, a los ilustrados que estaban proponiendo reformas profundas de la legislación penal, dos órdenes de consideraciones: primera, la concerniente a la aplicación de la pena de muerte para una clase de

delitos que no parecían merecerla por su trascendencia social y, segunda, la desproporción que suponía aplicar la misma pena al desafiador y al desafiado.

El problema, además de en los enjundiosos discursos sobre las penas, se aborda también en la literatura general, en la que puede comprobarse la influencia de la nueva filosofía penalista y de sus autores más caracterizados.

La obra más emblemática en la que está presente la crítica al exceso de la punición de los duelos es *El delincuente honrado* de Jovellanos.

Baltasar Melchor Gaspar María de Jove Llanos nació en Gijón el 5 de enero de 1744. Se graduó en cánones, en Alcalá, el 24 de diciembre de 1764. Poco después estaba ya haciendo dictámenes para la Cámara de Castilla y fue destinado a Sevilla donde destacó por su gran capacidad. En esta época adquirió una gran biblioteca, que coleccionaba todo lo mejor del pensamiento ilustrado y fue uno de los participantes en la tertulia que tenía constituida Pablo de Olavide. Olavide era entonces intendente de Andalucía, residía a ese título en el Alcázar, y allí celebraba la referida tertulia que, en 1773, disputó muy animosamente sobre un nuevo género teatral como era el de las comedias llamadas «lacrimosas», «lastimeras», «lacrimógenas», «plañideras» o «sentimentales», entre otras denominaciones todas las cuales reflejan el contenido triste y lamentable de la trama⁷⁷. Se organizó, como consecuencia del debate, una competición para la redacción de una de esas obras, a la que respondió Jovellanos escribiendo, en 1773, *El delincuente honrado*.

Jovellanos hizo una formidable carrera literaria, política y académica (ingresó en la Real Academia Española en 1783, y fue también académico de la de la Historia), que no es caso de recordar aquí, pero suele atenderse menos su relevancia como autor de teatro que, junto a Cándido María Trigueros y su obra *El precipitado*, inaugura el primer romanticismo español.

Como ha hecho notar Russell P. Sebold⁷⁸, la acción de *El delincuente honrado* tiene un marcado paralelismo con la de *Don Álvaro o la fuerza del sino*, que escribiría el duque de Rivas más de sesenta años después⁷⁹. Las dos ocurren en períodos no muy distantes del siglo XVIII (reinado de Fernando VI en

⁷⁷ Vid Guillermo Carnero, «Una nueva fórmula dramática: la comedia sentimental» en *La cara oculta del Siglo de las Luces*, Madrid, Fundación Juan March y Cátedra, 1983, págs. 39 y sigs.; María Jesús García Garrosa, *La retórica de las lágrimas. La comedia sentimental española, 1751-1802*, Secretariado de publicaciones, Universidad de Salamanca/Caja de Salamanca, 1990.

⁷⁸ En la introducción a su edición de *El delincuente honrado*, Cátedra, 2.^a edición 2013, pág. 59 y sigs.

⁷⁹ Véase también, sobre estos paralelismos, el estudio preliminar de Ermanno Caldera a la edición de *Don Álvaro o la fuerza del sino* a cargo de Miguel Ángel Lama, Crítica, Barcelona, 1994, pág. 21 y sigs.

la obra de Jovellanos, y de Carlos III en la del duque de Rivas). En las dos es un referente dramático de fondo la pragmática sobre duelos, a que antes he hecho referencia. En las dos la tensión dramática la produce una vulneración de dicha norma que el rey decide corregir con la máxima severidad. Dicha represión la sufre el protagonista, que ha matado involuntariamente a un noble, que además tiene relación inmediata con un amor prohibido del homicida. Torcuato, el protagonista de *El delincuente honrado*, mata al marido de Laura, y Álvaro al padre de Leonor. En las dos obras se ensalza la ejemplaridad de las almas nobles, sensibles y superiores de los inculpados, frente a la debilidad y falta de racionalidad de un sistema social y penal que se aplica inflexiblemente en casos como estos.

En *El delincuente honrado* está expresamente reconocida la influencia de Beccaria. En el diálogo entre Simón y Torcuato que se produce en la escena V, Jovellanos pone en boca del primero la consideración de que «nuestra legislación sobre los duelos necesitaba de reforma, y que era una cosa muy cruel castigar con la misma pena al que admite un desafío que al que le provoca»; afirmación que viene directamente del último párrafo del capítulo que Beccaria dedica a los duelos, en el que afirma: «El mejor método de precaver este delito es castigar al agresor, entendiéndose al que ha dado la ocasión para el duelo, declarando inocente al que sin culpa suya se vio precisado a defender lo que las leyes actuales no aseguran que es la opinión».

La perspectiva de ser condenado a muerte también permite a Jovellanos incluir, poniéndola en boca de Torcuato, una consideración crítica sobre la tortura. Es en la escena XIV: «... y tal vez la tortura ... (*Horrorizado*). ¡La tortura...! ¡Oh nombre odioso! ¡Nombre funesto...! ¿Es posible que en un siglo en que se respeta la humanidad y en que la filosofía derrama su luz por todas partes, se escuchen aún entre nosotros los gritos de la inocencia oprimida...? Pero ¿sufiré yo por mi causa...? No; el honor me sujeta a la dureza de las leyes, y yo sería digno de ella si le expusiese por evitarla. Perdona, triste Laura, tú, cuyas virtudes eran dignas de suerte más dichosa; perdona a este infeliz el sacrificio que va a hacer de una vida que es tuya en aras del honor y la amistad».

Los ecos y la fama de *El delincuente honrado* se reconocieron largamente por muchos críticos. Tuvo un éxito arrollador en diferentes representaciones en toda España, después de la primera, montada en el teatro de Aranjuez en 1774. Martínez de la Rosa dio algunas razones para justificar tanto éxito, aduciendo que la obra se apoyaba en «sanas ideas de moral y legislación, expresadas con nobleza y amenidad, impugnación de preocupaciones funestas, pasiones naturales y vivas, sentimientos virtuosos y tiernos, caracteres pintados con verdad y sencillez...». Eugenio de Silva, Mesonero Romanos o Cándido Nocedal repiten

los parabienes y subrayan la influencia de la obra también en lo concerniente a la reforma de la legislación⁸⁰.

4.—*Los discursos forenses de Meléndez Valdés*

Meléndez Valdés, quizá el poeta más admirado y destacado del siglo XVIII, fue, y con dedicación intensa, fiscal de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, hasta que tuvo que expatriarse al regreso de Fernando VII. Había entrado en la Academia Española en 1812, y fue de los represaliados por el rey Fernando en 1814, sin que pudiera volver a ocupar el sillón (para el que además había sido designado por un nuevo académico nada más producirse la expulsión de Meléndez Valdés) porque murió en el exilio en 1817. También perteneció a la de Bellas Artes. Mantuvo una relación intensa con José de Cadalso, quien lo introdujo en el mundo de la literatura tutelándolo desde que lo conoció como estudiante en Salamanca. En las *Noches fúnebres* (1771) de Cadalso (Noche segunda) hay una crítica a los terrores del sistema punitivo vigente, que permite considerar que Meléndez Valdés estaba imbuido desde los primeros años de escritor en la corriente ilustrada reformista de la legislación penal.

Sus consideraciones sobre el sistema punitivo español están incluidas en sus *Discursos forenses*⁸¹. Recoge esta obra, sobre todo, las acusaciones que tuvo que formular como fiscal; todas escritas con un estilo literario admirable que desmiente la fama de oscuridad necesaria o convenida y de dificultad que se ha atribuido siempre a los escritos procesales. Reflejan todos ellos una clara mentalidad humanitaria que pone en juego siempre, junto a la severidad del castigo, la proporcionalidad de su aplicación, considerando sobre todo las circunstancias personales del delincuente. Son muchos los casos en que destaca la

⁸⁰ Un análisis de su influencia en el teatro español posterior, en el trabajo de Irene Vallejo González, «Presencia e influencia de *El delincuente honrado* de Jovellanos en el teatro español del siglo XIX», en Ignacio Fernández Sarasola y otros, *Jovellanos, el valor de la razón (1811-2011)*, Gijón, 2011. En esta misma obra colectiva, también sobre el citado texto de Jovellanos, los estudios de Philip Deacon «El reto literario de *El delincuente honrado* de Jovellanos: clasicismo, sentimiento e innovación», Antonio Calvo Maturana «El héroe, el trasnochado y el mártir: tres imágenes de Jovellanos a ojos de sus contemporáneos», y María del Carmen Carcía Estradé «El duelo de honor en la obra literaria de Jovellanos y de Palacio Valdés».

Remito a la bibliografía general, sobre *El delincuente honrado* y el género de la comedia sentimental, que incluye R.P. Sebold en las páginas 89 y sigs. de su edición de *El delincuente honrado* ya citada.

⁸¹ Juan Meléndez Valdés, *Discursos forenses*, Imprenta Nacional, Madrid, 1821.

pobreza o falta de formación como causa última de la comisión de los crímenes. J. Sarrailh subrayó estas características del pensamiento de Meléndez Valdés⁸². He aquí, por ejemplo, en el discurso por un delito de parricidio, su apelación a la proporcionalidad y a la mesura al establecer que 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».

Tomás y Valiente sostuvo que Meléndez Valdés fue el jurista español más cercano al pensamiento de Beccaria⁸³ y, en efecto, son constatables sus ideas sobre la importancia de una legislación clara y bien establecida, la necesidad de superar las costumbres ancestrales y prejuicios que no tienen fundamento en la razón, de imponer un derecho asentado en la legalidad y superador del arbitrio del juez; y, sobre todo, la crítica del modelo procesal inquisitivo, de la tortura judicial o del papel asignado a la delación. En una ocasión oficial y solemne⁸⁴ formuló la siguiente admonición: «Alcaldes del crimen, ministros del rigor y la clemencia, unid en vuestros juicios la humanidad a la justicia; cerrad los oídos a la delación, y con ella a las venganzas y la división de las familias; que mejor, es cierto, dejar alguna vez un exceso olvidado, que abrir a la calumnia esta terrible puerta, y envolver a un inocente en las dudas crueles de un juicio, fatal siempre por sus vejaciones y amarguras; mirad como propio el honor sagrado de las familias; ved que gobernáis un pueblo honrado y generoso. ¡Ah! Jamás infamáis ninguno de sus hijos, jamás uséis en él de esta terrible pena. Velad como padres sobre los pobres presos; respetad mucho su libertad, puesto que la ley olvida al inocente; ocupadlos en esas cárceles, y les aliviaréis, distraiga su imaginación asustada gran parte de sus penalidades; sed tan exactos, tan diligentes, tan compasivos con su miseria, como la justicia desea, y clama la humanidad de las almas generosas; no les dilatéis vuestros tremendos oráculos; ved que padecen, que luchan entre las ansias de la incertidumbre, que gimen y suspiran acaso en un profundo calabozo, donde nada oyen sino otros suspiros y el son de las prisiones de sus compañeros; y nunca, nunca os olvidéis al juzgar sus criminales extravíos, de que son hermanos vuestros, de que son infelices, de que acaso una fatalidad desgraciada los hizo delincuentes.(/) Oidores, acordaos que debéis a las partes justicia con prontitud; que muchas veces es la dilación peor que una sentencia».

⁸² J. Sarrailh, *La España ilustrada*, cit., pág. 541.

⁸³ F. Tomás y Valiente, «Introducción» a *Los delitos y las penas*, cit., págs. 46 y sigs.

⁸⁴ J. Meléndez Valdés, «Discurso con motivo de la inauguración de la Audiencia de Extremadura», en *Discursos forenses*, pág. 131.

Y también: «Ah! Si nuestras gloriosas vigiliass hiciesen con 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 hiciese 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 en todas las naciones... si arrancasen un solo inocente del suplicio...». Todo un programa reformista.

* * *

La crítica ilustrada a la tortura y contra la mayor parte de las prácticas represivas de la monarquía absoluta fue acogida en la Constitución de Cádiz. Antes incluso de aprobarse nuestro primer texto constitucional en 1812, el 21 de abril de 1811, la Comisión de Justicia presentó un decreto de abolición de la tortura. Los nuevos principios del derecho represivo tratarían de compilarse, sin éxito, aquel mismo año de 1811. La Constitución acogería todas las innovaciones esenciales, que pasarían al primer Código Penal del constitucionalismo, que se aprobó en 1822. Los avatares políticos del período atrasaron mucho tiempo la renovación de las instituciones penales a causa del continuo retorno a los principios punitivos del Antiguo Régimen. Un cambio legislativo más estable no llegaría hasta el Código penal de 1848.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
Real Academia Española