

*El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio**

Enrique ÁLVAREZ CORA
Universidad de Murcia

I. EL TERROR DE LA LEY PENAL

Como es bien sabido, los cambios políticos que cabe resumir en la referencia general al advenimiento del Estado liberal de Derecho, se preanuncian, desde un punto de vista cultural, en la Ilustración. Las ideas del iusnaturalismo racionalista cuajarán en presupuestos y axiomas que cuestionan los engranajes políticos e institucionales del Antiguo Régimen, con una función crítica que encuentra vicios que diagnosticar, en el mundo del derecho, sobre todo en el ordenamiento jurídico penal, sustantivo y procesal, que se había identificado más llamativamente con la maquinaria de la represión de la monarquía absoluta¹.

Los libros que el Santo Oficio persigue, expurga y prohíbe, contienen una serie de ataques a los fundamentos del derecho penal y procesal de los tiempos

* Este trabajo pertenece al Proyecto de Investigación «Inquisición y control ideológico en España a fines del Antiguo Régimen», financiado por la DGICYT, BJU2002-04027-C04-01.

¹ Los mejores análisis del derecho penal del Antiguo Régimen están en las ya clásicas obras de F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2.ª ed., Madrid, 1992, y María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, 1982. Como estas páginas examinan la difusión de las ideas ilustradas desde la perspectiva de la censura del Santo Oficio, puede resultar significativo otro punto de vista particular, por lo que a las fuentes se refiere, como el que asume María Dolores BOSCH CARRERA, «La difusión de las ideas ilustradas: la reforma de los usos penales en los periódicos del tiempo de Carlos III», *Coloquio internacional Carlos III y su siglo. Actas*, Madrid, 1990, II, pp. 601-614.

altomodernos, que van desde una expresión de la repugnancia moral hasta un embate a las soluciones técnicas de un sistema jurídico caduco y en crisis. Registraremos por estas páginas algunos ejemplos.

En el *Elogio histórico de la Historia de Mably*, el abate Brizard se refiere al derecho del Antiguo Régimen como una época de «terror de los legisladores». El legislador de la monarquía absoluta había producido leyes que venían a caracterizar su tiempo como el de siglos de ignorancia y de barbarie. A este diagnóstico llega por la detección de los dos instrumentos principales de la represión absolutista: la tortura y los procedimientos secretos. «El Berdugo –dice Brizard– parece que fue el autor del antiguo Código criminal de casi todas las Naciones de Europa»². La crítica es absolutamente subversiva, y se dirige no contra la situación política de un país en concreto, sino contra todo un modelo institucional al que –revolucionariamente– se pone en cuestión.

Un sistema penal basado en el terror, en aterrorizar a los súbditos, es contrario a los postulados del cristianismo. Mas en este juicio pueden encontrarse gérmenes luteranos³. En *La Moral y la Política*, una obra traducida de la len-

² AHN, Inquisición, leg. 3730, n. 273.

³ De Cristóbal y Andrés Crusio tiene Francisco Aliaga, abogado de Valencia y reo del Tribunal de la Inquisición de esta ciudad, unos libros que tratan de causas criminales, con varios opúsculos sobre los que pesa la prohibición del Santo Oficio, y en ellos una proposición por la que se da el título de beato a Lutero. Aliaga se justifica diciendo que los autores son «de su facultad» y que tenía los libros, aun prohibidos, con el fin de la defensa de sus litigantes: la doctrina que ampara tal criterio dice el abogado tenerla localizada, pero tras su busca, durante el registro, entre las páginas de un libro, no logra dar con ella. En AHN, Inquisición, leg. 3736, n. 259. En 1751 y 1752 se elaboran calificaciones ordenadas por el Tribunal de la Inquisición de Valencia sobre la obra *De indiciis delictorum specialibus*, de Cristóbal Crusio, que señalan las ofensas de este autor hereje, de ideas luteranas, a los papas, a la Iglesia y al Concilio de Trento: niega Crusio que el término católico haya sido usado en la Iglesia primitiva, ni por los apóstoles en sus símbolos. También son objeto de censura los *Opuscula varia politico-juridico Historica* de Andrés Crusio, donde se reprueban proposiciones de esta laya: la suposición de que los príncipes seculares son superiores a los eclesiásticos en la jurisdicción espiritual y de que éstos tienen la propia por delegación o consentimiento de aquéllos, la negación de la inmunidad eclesiástica, la idea de que los príncipes han de permitir la libertad de conciencia no tanto como lícita cuanto para evitar mayores daños... Del mismo autor, en el *De tortura et indiciis ad tortura, cum notis* se enseña la posible contradicción entre los cánones, la superioridad del Evangelio sobre los decretos pontificios y la fuerza de los cánones en el Imperio limitada por el consentimiento de los príncipes; además, Crusio supone que en ningún caso el confesor está obligado a faltar al sigilo de la confesión, y afirma que, tal y como el cuerpo humano con virtud divina no puede estar en diferentes lugares, el cuerpo humano de Cristo no puede estar en diferentes hostias; por otra parte, defiende la regla «consuetudo delinquendi veniale, peccatum facit mortale». En AHN, Inquisición, leg. 4458, n. 3. Otras veces hay manifiestos síntomas de judaísmo. Josef Navarrete, regular que fue de las Escuelas Pías y actualmente secularizado, es reo del Tribunal de la Inquisición de Llerena, a quien se ha oído elogiar a Mahoma, más palabras obscenas e indecentes, y jactarse de haber seducido a muchas mujeres, incluyendo a moras, turcas y

gua latina a la francesa y de ésta al castellano, y que se dice acomodada a la enseñanza del Real Seminario de Nobles por su catedrático de Filosofía, Miguel Ruiz de Celada, y en fin rechazada en dos informes, del año 1804, se defiende precisamente que la bondad y la sabiduría de Dios reprueban la aplicación del temor sin amor, con lo que se deriva en cuanto al respeto de las leyes penales del derecho humano y divino, pero para el informante Joaquín Lorenzo Villanueva esto no es sino un razonamiento propio del protestantismo. Y rebate: «El freno que por ellas se pone a los malos, prueba que el temor que los contiene de obrar mal, es saludable a los estados, porque desde luego asegura la tranquilidad pública; y es útil a los mismos delinquentes, los cuales comenzando a abstenerse de los delitos por temor, se van disponiendo a conocer el bien que les hace la ley y amarla»⁴.

II. EL COSMOPOLITA PENAL

En *Le Cosmopolite ou le Citoyen du Monde* (Londres, 1753), de Mr. de Mombrom, cuyo expediente tramita el Tribunal de la Inquisición de Mallorca, puede encontrarse la ligazón esencial entre los nuevos principios del iusnaturalismo racionalista y la crítica del derecho penal. La calificación de 1789 pone de relieve aquellas proposiciones que parten de un pesimismo antropológico, en la defensa de que el hombre de bien no existe, y de que las reglas de la moralidad fueron fundadas por necesidad, con ocasión de la maldad humana, de tal suerte que el fin de las leyes habría sido sólo el de impedir que los hombres se entregaran a sus intenciones criminales, haciéndoles responsables. Lo más interesante es que el autor no imputa esta responsabilidad penal en función de las inclinaciones perversas de los individuos: no hace –en este sentido– un juicio moral; sino que la declara en razón de la maldad de las propias acciones, esto es, por mor de un dato objetivo. Para Mombrom, lo nocivo socialmente no es el deseo secreto de hacer el mal que pueda tener cada sujeto, sino el hecho de que se produzca el cumplimiento del mal mismo.

judías. Además, es procesado por solicitante, pederasta y sodomita. Pues bien, se trata de un lector de las *Leyes criminales o penales de los Judíos*: AHN, Inquisición, leg. 3730, n. 114. En el Índice de Roma figuran de Christophorus Crusius el *Tractatus de indicii delictorum specialibus, cum praemissa maleficiorum eorumque poena, compendiosa relatione*, y el *Tractatus de indicii delictorum ex jure publico, et privato, cum observationibus, et notis Andreae Crusii*, y de Jacobus Andreas Crusius el *De iure offerendi. Tractatus historico-philologico-iuridicus*: León CARBONERO Y SOL, *Índice de Libros Prohibidos mandados publicar por su santidad el papa Pío IX. Edición oficial española...*, Madrid, imprenta de Antonio Pérez Dubrull, 1880 [= CARBONERO], p. 77.

⁴ AHN, Inquisición, leg. 3520, n. 1.

Contra tal concepción de la naturaleza humana y de la represión criminal, el calificador destaca que los teólogos han sostenido siempre que los principios de la moralidad de los actos humanos no se fundan en la maldad natural de los hombres; antes bien se estatuyen a partir de su conformidad con la ley de la recta razón y la ley eterna de Dios. El fundamento teológico de todo el sistema jurídico evita una expresión independizada de la naturaleza del hombre: lo importante de toda valoración moral –aun de la corrupción de la naturaleza– está, teleológicamente, en la necesaria adecuación con el mandamiento divino. Además, el calificador juzga que esa idea de que el fin de la ley es impedir el cumplimiento de la intención criminal, sin relevancia del deseo o de la intención, es falsa, en la medida en la que intente aplicarse tanto a la ley humana como a la ley divina, pues ésta no prohíbe exclusivamente los resultados malignos, sino también las intenciones, el consentimiento de hacer el mal, como prueban las Sagradas Escrituras.

El 27 de febrero de 1790 el Consejo de la Suprema prohíbe por decreto la obra⁵. La prohibición, «in totum», se contiene en el edicto de 6 de marzo de 1791, «por obscena, e irrisoria de nuestra sagrada Religión»⁶.

III. EL TRATADO *DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS* DE BECCARIA

La obra quizá más célebre que representa la Ilustración del derecho penal, y que funda su replanteamiento y acomodación a las ideas del racionalismo y aun del liberalismo, es el tratado *De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria, un libro con éxito europeo que circula profusamente por España⁷ –y por

⁵ AHN, Inquisición, leg. 4479, n. 21.

⁶ AHN, Inquisición, leg. 4478, n. 15 e *Índice General de los Libros Prohibidos compuesto del Índice último de los libros prohibidos y mandados expurgar hasta fin de diciembre de 1789 por el señor inquisidor general y señores del Supremo Consejo de la Santa General Inquisición, de los suplementos del mismo, que alcanzan hasta 25 de agosto de 1805...*, Madrid, imprenta de José Félix Palacios, 1844 [= *Índice* 1805], p. 232.

⁷ El éxito de la obra en toda Europa está referido, por ejemplo, en la prohibición aconsejada de un comentario apologético del tratado de Beccaria en una censura de 12 de enero de 1778: AHN, Inquisición, leg. 4522, n. 68. Vid. en este sentido M. PORRET (ed.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières (Actes du colloque européen de Genève, 25-26 novembre 1995)*, Genève, 1997, y en particular para el caso español el artículo de A. RISCO, «Présence de Beccaria dans l'Espagne des Lumières», pp. 149-167. Para la repercusión de las nuevas ideas penales en España, vid. además J. SARRAILH, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, México D. F. Madrid, 1985, pp. 537-543. Obligada es también la consulta de F. TOMÁS Y VALIENTE, «Introducción» a Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, 1984.

América⁸— tanto en su versión italiana⁹ como en su traducción al castellano¹⁰, como prueba evidentemente su divulgación manuscrita¹¹.

El tratado fue prohibido, aun para los que tienen licencia, por edicto de 26 de junio de 1777, al considerarse que promovía el tolerantismo y que resultaba ofensivo a la legislación divina y humana, eclesiástica y civil. Así se recuerda en el Tribunal de la Inquisición de Granada, al sustanciarse la causa por su posesión contra Antonio de Cea, comerciante de libros en la ciudad, a quien se le impondría excomunión mayor —para cuya absolución se le ordena comparecer, a los efectos de ser reprendido y conminado con apercibimiento— y multa de doscientos ducados¹².

La difusión grande de la obra nos permite recordar a algunos de sus lectores. En el Tribunal de la Inquisición de Valladolid se sigue la causa contra Luis Proust, un francés catedrático de Química en la Corte, a quien se considera de mala reputación, y que resulta en posesión de una versión castellana. A tenor de su delación, parece que no cumplía con el precepto de acudir a misa ni de comulgar anualmente, que en su casa no había imagen religiosa alguna, que no rezaba el rosario, que trabajaba sin santificar las fiestas y gozaba de fama de filósofo y «espíritu fuerte»—y así de protestante— pero también de hombre retirado que vivía con pocas visitas, dedicado día y noche al estudio y a la experimentación. Se decía que en la escuela de su laboratorio aprovechaba operaciones químicas y metalúrgicas para impartir máximas contrarias a la religión y a la piedad, espetando a sus discípulos provocaciones, la idea de que mucho antes de Adán hubo hombres, o de que no era posible —juicio que el delator entiende como calvinista y volteriano— que el Libro de los Cantares de Salomón, a tenor de sus expresiones amorosas, lo hubiera dictado el Espíritu Santo.

⁸ Vid. vgr. el expediente abierto por el Tribunal de la Inquisición de México, en AHN, Inquisición, leg. 4465, n. 5.

⁹ Cf. AHN, Inquisición, legs. 3064 s/n y 3520, n. 4.

¹⁰ Cf. AHN, Inquisición, legs. 2047, n. 20 (traducción de 1776) y 3053 s/n (traducción prohibida de Juan Antonio de las Casas) e *Índice* 1805 p. 339. La traducción de Juan Antonio de las Casas, impresa en Madrid en 1774 —con dos adiciones, la primera titulada *Respuesta a un escrito intitulado: Notas, y observaciones sobre el Libro de los delitos, y de las penas*, y la segunda titulada *Juicio de un célebre Profesor sobre el Libro de los delitos, y de las penas*— figura como prohibida «in totum», aun para los que tienen licencia, en edicto de junio de 1777, en AHN, Inquisición, leg. 4428, n. 30, así como el original italiano —se dice— y la edición en cualquier otra lengua, «Por ser obra capciosa, dura, y inductiva a una impunidad quasi absoluta, y que promueve el Tolerantismo, assí en materias pertenecientes a la Fe, como en orden a las costumbres, y ofensiva a la Legislación Divina, y Humana, particularmente a la Criminal, tanto Eclesiástica, como Civil».

¹¹ Tres cuadernos manuscritos están en posesión de Pedro Manuel de Bravo y Rivero, vecino del Cañaverál, según expediente del Tribunal de la Inquisición de Llerena: AHN, Inquisición, leg. 4462, n. 2.

¹² AHN, Inquisición, leg. 3735, n. 208.

Por lo demás, la limpieza del catedrático provocaba una misteriosa curiosidad en sus murmuradores: intrigaba un cántaro de agua que entraba todas las noches en su cuarto y que retornaba vacío por la mañana, ignorándose si entrañaba algo más que la supuesta costumbre de lavarse todas las noches atribuida a los extranjeros¹³.

Otro lector de Beccaria es Juan Fernando de Villavicencio, conde del Real Agrado, cuyo equipaje es registrado en Cádiz, con destino a Cartagena. En la información del Tribunal de la Inquisición de Sevilla se le describe como un «hombre de historia», viajero por Europa y acostumbrado desde joven a la lectura sin escrúpulos¹⁴. El mismo Tribunal se ocupa del registro de los libros de la testamentaría del marqués de Torreblanca, donde aparece también el título prohibido¹⁵. Y a otro noble, el conde de Casa-Valencia, de la Primera Secretaría de Estado, le llega, junto con otros volúmenes, desde Berlín, y solicita licencia para la lectura de libros prohibidos¹⁶. Particular, en fin, es el caso de un antiguo servidor del Santo Oficio como Manuel Alegre, que fue portero del Tribunal de Valladolid, denunciado por haber extraído esta obra de la librería del Tribunal¹⁷.

IV. LA *THÉORIE DES LOIX CRIMINELLES* DE BRISSOT DE WARVILLE

Otra de las obras sobre derecho penal con mayor circulación en la España del fin del Antiguo régimen es la *Théorie des Loix criminelles* (Berlín, 1781) de J. P. Brissot de Warville, prohibida «in totum», aun para los que tienen licencia, por decreto del Consejo de la Suprema de 2 de octubre de 1787 y edicto de 10 de mayo de 1789, que subraya sus proposiciones heréticas e injurias a los papas, los reyes y los tribunales del Santo Oficio¹⁸.

El expediente es tramitado por el Tribunal de la Inquisición de Logroño que tras votar su prohibición «in totum» aun para los que tienen licencia, el 20 de mayo de 1788 lo remite al Consejo de la Suprema, que lo acumula al expediente sobre la misma obra tramitado por el Tribunal de la Inquisición de Valladolid. Éste había ordenado una calificación que en septiembre de 1787 pone de manifiesto una serie de proposiciones clasificadas como injuriosas a los sumos pontífices, al Santo Tribunal y a los soberanos, y contrarias al derecho natural

¹³ AHN, Inquisición, leg. 3731, n. 175.

¹⁴ AHN, Inquisición, leg. 2074, n. 20.

¹⁵ AHN, Inquisición, leg. 3053, s/n.

¹⁶ AHN, Inquisición, leg. 3520, n. 4.

¹⁷ AHN, Inquisición, leg. 3730, n. 228.

¹⁸ AHN, Inquisición, legs. 4500, n. 16, 4501, n. 26 y 4522, n. 2, e *Índice* 1805, p. 51.

y divino. El fiscal, conforme, se muestra partidario de la prohibición, y deja constancia de la influencia en Brissot de Warville de la doctrina de Beccaria y Voltaire, y sus patentes muestras de tolerantismo.

Las noticias que se obtienen del expediente logroñés son las siguientes. En 1787 recibe la obra, desde Bayona, Valentín de Foronda, que la remite para su lectura a Francisco Ramírez de la Piscina, antiguo cura de Mendibil, aunque por error cae en manos del canónigo Thomas de Mendibil. Éste, en vista de su peligrosidad, se pone en contacto con el magistral de la Colegiata de la ciudad de Vitoria, Miguel Ramón de Zumalave, quien toma la decisión de delatarla. También por estos pagos el inquisidor fiscal se mostrará, conforme a la censura, partidario de la prohibición, aun para los que tienen licencia, por el contenido herético, obsceno y contrario a las leyes y a la moral cristiana. Ciertamente, la calificación de noviembre de 1787 destaca proposiciones como las que afirman que la indisolubilidad del matrimonio es causa de los adulterios y que el adulterio debe ser causa de disolución del vínculo, o bien que el secreto de confesión alcanza a los delitos peligrosos para la sociedad que ya han sido cometidos pero no a los que vayan a cometerse.

En abril de 1788 se firma la calificación más interesante. Fíjase en que la obra, además de considerar la indisolubilidad del matrimonio como causa de muchos desórdenes, tiene un punto de partida global que, con el modelo de Voltaire, se cifra en la aplicación de la «filosofía» a la legislación penal. Esta aplicación de la filosofía a la legislación penal supone la traducción de la Moral Universal en un Código Criminal Universal. El Código Criminal Universal, por una parte, se postula como vía separada de la religión: la religión católica, que defiende su universalidad, es adjetivada por el autor como mera «religión dominante». Por otra parte, el Código Criminal Universal atiende al «espíritu nacional», lo que supone una materialización –clima, costumbres, incluso la propia religión de cada sociedad– en la comprensión del derecho penal, un materialismo en la comprensión del delito, que lo desliga de cualquier fundamentación teológica. Dice el censor que Brissot de Warville no comprende el pecado original, ni la culpabilidad en justicia de los descendientes de Adán, ni el valor de la Revelación. Y bien que es así; para Warville, si la moral universal es la «razón natural, desnuda de luz superior y divina», el «código criminal social» se enfrenta al anticuado «código criminal teológico». El grado del delito no ha de ser determinado «por lo relativo a la divinidad», y los crímenes serán sólo políticos, nunca teológicos a la sazón.

Esto explica la percepción de los tipos delictivos, de los crímenes políticos, como delitos sociales o de costumbres. De hecho, entiende el autor, con un fuerte pesimismo antropológico, que los hombres tienden maquinalmente a las bárbaras costumbres y a las leyes oscuras, y que los reyes habrán de sustituirlas por leyes justas, pero añadiendo la «picardía» de que sólo lo podrán conseguir cuando sean sabios. Así las cosas, el adulterio es considerado por el autor como un «crimen absolutamente inextirpable al presente»; lo que significa

aceptar –dice el censor– que los vicios del hombre no tienen remedio: debería haber leído el autor las leyes de España que contienen para el adulterio castigos correspondientes, benignos y proporcionados. La usura, si es un mal, es un mal necesario, por la necesidad del Estado. El suicidio es «uno de los crímenes políticos, ridículo de castigarse», y no el pecado mortal que –como explica el calificador– priva de gracia justificante. Las penas crueles, como la de muerte, son inútiles, por ejemplo impuestas por la ley para acabar con los duelos: el público en esta materia es más fuerte que el legislador, y sólo la razón podría encontrar remedio al problema. Respecto del infanticidio, no le parece bien a Brissot de Warville que la ley condene a pena de muerte a quien mediante el aborto salva su deshonor. El adulterio lo considera como un delito social o de costumbres, difícil de reprimir. Ridiculiza la ejecución del animal, que no ha participado moralmente en el crimen, en el castigo del delito de bestialismo, ignorando –dice el censor– que el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios y en tal pecado nefando viene a hacerse «una caro» con la bestia. Concubinato, fornicación, casamiento, adulterio, son para el autor meras palabras, que juzga haciendo abstracción de cualquier clase de religión. Climas, gobiernos, religiones, costumbres, asegura una vez más, influyen en los delitos de incesto, bigamia y poligamia. No entra Brissot en si el delito de sodomía es contra natura, pero sí se declara en contra de la aplicación de la pena de muerte: la frecuencia de las penas severas disminuye el horror del delito. Para colmo, entiende que el celibato es crimen contra la naturaleza y la sociedad, y contra el mandamiento de la multiplicación de los hombres.

V. DELITOS SIN PECADO Y PECADOS SIN DELITO

En relación con los delitos en particular, la censura inquisitorial acecha a proposiciones de muy distinto calado. Buena parte de ellas han sido mencionadas a propósito de la *Teoría* de Brissot de Warville, pero no sólo son detectables en obras de contenido estrictamente jurídico.

Muy nutritivas para nuestro interés son las *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública, escritas por el Conde de Cabarrús al Señor Don Gaspar Jovellanos, y precedida de otra al Príncipe de la Paz* (Vitoria, imprenta de Pedro Real, 1808), calificadas en 1817 por orden del Tribunal de la Inquisición de Corte, y prohibidas por el Consejo de la Suprema el 29 de mayo de 1819¹⁹. En la carta primera se arguye que los

¹⁹ AHN, Inquisición, leg. 4501, n. 14, y *Apéndice al Índice General de los Libros Prohibidos, que comprende los edictos de la Inquisición posteriores al de 25 de agosto de 1805 hasta 29 de mayo de 1819 (último que se publicó)...*, Madrid, imprenta de José Félix Palacios, 1848 [= *Apéndice*], p. 6.

delitos de infanticidio y de aborto encuentran su impulso en la prohibición por la ley divina y natural del adulterio y la fornicación, que en realidad no son sino meras ofensas al recato. El censor considera que estas ideas son pura blasfemia herética, contrarias a los derechos sagrados de la familia y a las leyes divino-positiva y natural. En la carta tercera se dice que el delito de contrabando, si no se comete a mano armada –en cuyo caso habrá de conceptuarse como robo con violencia– sino «con destreza», queda en sola fullería que debe castigarse exclusivamente con el decomiso del género. El censor entiende esta afirmación como nociva a las buenas costumbres, al juzgar el contrabando como un acto siempre de desobediencia a la potestad suprema, y un fraude de los derechos impuestos a los géneros por las necesidades del Estado. En la carta cuarta, Cabarrús promueve el restablecimiento de las mancebías y de los lupanares por razón de utilidad pública. Y el censor expresa su repugnancia, razonando que se demostró frustrada la función que pudo justificar la eventual permisividad del gobierno civil hacia tales establecimientos, como mal menor, en orden a evitar el adulterio y el estupro; la prohibición, pues, se justifica en la vulneración de la religión y de las buenas costumbres, y también en los efectos que de otro modo habrían de derivarse: disminución de matrimonios, desenfreno de la lujuria, abandono de las mujeres propias... En la carta quinta, el autor dice que resulta causa de propagación de enfermedades venéreas, el hecho de «que se castigan pecados como delitos». He aquí la clave que cuestiona el fulero mismo de la tipología delictiva, con fundamento en el iusnaturalismo teológico, del Antiguo régimen.

La primera referencia de Cabarrús aquí anotada, a los delitos de aborto e infanticidio, y la necesidad de separar las nociones de delito y de pecado, apuntada al fin, se ligan por lo que afecta a la definición de un tipo delictivo secularizado que prescindiera de adherencias morales y religiosas. Dos ejemplos pueden probar que no se trata de argumentos aislados.

Los *Principes philosophiques, politiques et moraux* (Genève, chez Barde, Franget et comp., 1789) de «le major» Weiss, son censurados en 1815, según expediente del Tribunal de la Inquisición de Barcelona. Las proposiciones que destacan –amén de otras juzgadas como defensoras del naturalismo, materialismo, tolerantismo, sensualismo y del contrato social– son las que reprobaban las leyes penales que se ocupan del infanticidio. Parece que Weiss es de la opinión de que puede ser un favor que se hace al infante el hecho de quitarle la vida, sin que de ello se derive ningún agravio a la sociedad; antes bien, podría considerarse que la sociedad viene a ser favorecida, cuando se da la libertad de matar a los hijos a los padres en estado de pobreza. La obra será prohibida por edicto de 29 de mayo de 1819²⁰.

²⁰ AHN, Inquisición, leg. 4450, n. 21, y *Apéndice*, p. 24.

En 1790, el inquisidor general, obispo de Jaén, dirige un informe al conde de Floridablanca, a propósito de una instancia presentada por Pablo Bozino, un supuesto comerciante saboyano que ha financiado la impresión de la traducción de la *Ciencia de la Legislación* de Filangieri, y que pretende el levantamiento de la suspensión de su venta²¹. El informe, que se decanta por la prohibición, señala la enemiga del autor italiano contra las leyes canónicas y civiles, contra la autoridad temporal y eclesiástica. El aura de tolerantismo lleva a Filangieri a considerar impunes los delitos contra la divinidad, aunque alcancen al ateísmo: es el caso del suicidio, o de aquéllos que nacen de la superstición –encantos, magias, hechizos, adivinaciones, interpretaciones de sueños, incubismos y sucubismos²².

VI. LA PENA DE MUERTE FRENTE AL DERECHO NATURAL

Si la legislación penal del Antiguo Régimen era terrorífica, la pena capital sería la perla del terror, su máxima expresión irrevocable²³. Los ilustrados han de considerarla contraria al derecho natural del hombre, en una crítica hacia su utilización exagerada, excesiva y extralimitada²⁴, que afecta por lo demás tanto a la jurisdicción regia, cuanto a la jurisdicción del Santo Oficio.

En *Les nuits de Paris ou l'observateur nocturne* (Londres, 1789) de Rétif de la Bretonne, censurada en 1804 por orden del Tribunal de la Inquisición de Corte y prohibida, aun para los que tienen licencia, por decreto de 30 de septiembre de 1806, el autor se mostraba –asegura el calificador– con demasiada indulgencia hacia los reos asesinos, en cuanto contrario a la aplicación de la

²¹ La obra es prohibida, aun para los que tienen licencia, por edicto de 7 de marzo de 1790: *Índice* 1805, p. 134; y había sido prohibida por el Índice de Roma: CARBONERO, p. 111.

²² AHN, Inquisición, leg. 4479, n. 2.

²³ Vid. E. GACTO, «La pena de muerte», *Cuadernos Historia* 16, 134 (1985), pp. 4-23.

²⁴ Como arma del poder injusto y arbitrario. Así, en *De la Legislation ou Principes des Loix*, del abate Mably. La obra resultó sospechosa en poder de los hermanos Santander, comerciantes de libros en Valladolid; de ella dijo la censura «ser digna de proscripción como subversiva de las legítimas Potestades injuriosa a la Yglesia»: AHN, Inquisición, leg. 3727, n. 164. Cuando se localiza en manos de Francisco Arias de Paredes, caballero maestrante de la ciudad de Ronda, y tras su debida calificación el Tribunal de Llerena remite el expediente al Consejo de la Suprema, que a su vez acuerda remitirlo al Tribunal de la Inquisición de Corte para nueva calificación, esta censura explica que Mably, con sus juicios de «fantástica legislación» y «república aérea», adjetiva a todo gobierno monárquico como arbitrario y despótico, a través de la tiranía que se deriva de la desigualdad entre los hombres, y señala la supuesta contradicción entre la pena de muerte impuesta por los ricos contra los ladrones y la aprobación de las conquistas por las que aquéllos actúan en realidad como ladrones de naciones: AHN, Inquisición, leg. 4450, n. 7.

pena de muerte. La razón de su oposición a la pena capital estaba en considerarla contraria al derecho de la naturaleza. Afirma el censor –en una línea que puede presumir también de ilustrada, por cuanto el abolicionismo resulta todavía una corriente cachorra– que no hubiera sido reprobable una crítica a la crueldad en la ejecución de la pena de muerte, o la defensa de su inaplicación a los delitos de no excesiva gravedad –lo que acercaría al autor, así calificado, «al pensamiento de los más juiciosos políticos de nuestros días»–; sin embargo, viene a ser perniciosa esa consideración de la pena de muerte como contraria a la naturaleza, porque en tal caso se opondrían al derecho natural las penas capitales establecidas por Dios en el Antiguo Testamento, y porque quedaría subrayada la incompatibilidad de su razón con la práctica probada de tal pena, en todo tiempo y en todas las naciones, cultas y bárbaras, como necesaria para el bien público de la «tranquilidad nacional». Hasta el mismo Beccaria, abolicionista por lo común, admite cómo la suprema potestad puede imponer la pena de muerte en algunos casos. Por lo tanto, a los gobiernos les compete la regulación de cuáles sean éstos, lo que demuestra a su vez la temeridad de todo intento de borrar del código penal, tajantemente, ese definitivo castigo²⁵.

La traducción del francés por José de la Canal de la obra titulada *Los apologistas involuntarios* (Madrid, imprenta de Collado, 1813) fue objeto de una censura en 1819 ordenada por el Tribunal de la Inquisición de Toledo, en la que se tachaba una proposición que acusaba al Santo Oficio de castigar con la pena capital, y de imponerla además sobre pecadores, que no sobre criminales. Tales denuncias son consideradas por la calificación como falsas e injuriosas al Santo Tribunal, cuyo examen y juicio de las causas de sus reos, cuya aplicación de penas y castigos se ejercitan –decía el censor– con moderación y caridad, y siempre dentro de los límites de su jurisdicción, lo que implica, a la postre, la entrega al brazo secular de aquellos sentenciados en delitos «dignos de mayores penas» o de ser castigados por la potestad civil. Por lo tanto, la pena capital no se ejecuta, en rigor, por sentencia inquisitorial, al margen de la autoridad secular, y desde luego si llega a ejecutarse no es sobre sujetos no criminales, habida cuenta de la comunión de la naturaleza delictiva y pecaminosa de la herejía, conforme a la tradición del derecho romano-canónico²⁶.

²⁵ AHN, Inquisición, leg. 4504, n. 34, y *Apéndice*, p. 21.

²⁶ AHN, Inquisición, leg. 4492, n. 9. Críticas contra el Santo Oficio, y muy duras, se encuentran también en el *Dictionnaire des origines, ou époques des inventions utiles, des découvertes importantes et de l'établissement des Peuples* (París, 1777), prohibido «in totum» por decreto del Consejo de la Suprema de 6 de diciembre de 1790 y edicto de 6 de marzo de 1791. El tomo de las letras H-I, expedientado por el Tribunal de la Inquisición de Corte, es el que nos interesa, delatado a propósito de algunas proposiciones que consideran el procedimiento inquisitorial –al que se le atribuye origen en el código de los visigodos– como insostenible a todos los gobiernos, y generador en las monarquías de delatores y trai-

VII. LA MORAL Y EL ORDEN POLÍTICO Y RELIGIOSO, QUE NO LA TÉCNICA

La impresión que se obtiene del rastreo de las censuras del Santo Oficio durante los siglos XVIII y XIX es que los libros jurídicos no sufren una persecución excesiva, si se comparan con los que se ocupan de temática religiosa, teológica o moral. De hecho, como ha podido verse, los reproches de los censores a los libros de o sobre cuestiones penales, se agudizan cuando se pone en tela de juicio un axioma moral católico, pero se retraen al ocuparse de problemas relacionados con la estricta técnica jurídica.

Un ejemplo puede encontrarse en una obra muy difundida entre juristas, como son las *Conclusiones omnium probationum* (editione Auguste Taurinarum, apud Joannem Dominicum Taurinarum, 1608) de Joseph Mascardo, cuyo expediente es tramitado entre 1780 y 1800. Miguel Carpe y Castillo, abogado de los Reales Consejos, delata ante el Tribunal de la Inquisición de Murcia algunas proposiciones, en las que se detiene después la calificación. El objeto de la obra, expuesto en la dedicatoria, es «instruir a los Abogados, y Jueces, el peso, y valor que tienen en cada materia de las que se deducen al fuero externo contencioso, las pruebas, y las excepciones, de testigos, de escrituras e instrumentos, de confesión de parte, de evidencia de echo, de juramentos, presunciones, conjeturas, e indicios, para formar un juicio prudente, que no condene al inocente, y absuelva al culpado». La cuestión espinosa es la siguiente. El autor, al hablar de los medios para la prueba del adulterio, parte de la doctrina general de que «es prueba de él, si los testigos deponen, que vieron al varón besar a la muger, manosearle los pechos, por ser estos hechos y acciones, preparatorias, y como preludios del adulterio», pero luego la limita,

dores, en las repúblicas de pícaros, y en los estados despóticos de destructores. «Uno de los abusos de este tribunal, es el de que a dos personas acusadas ante él de un mismo delito, condena a muerte al que niega, y absuelve de este suplicio al que confiesa. Esto es sacado de las ideas monásticas en que el que niega, se le contempla como impenitente, y condenado, y al que confiesa, como arrepentido, y salvo. Mas semejante distinción no puede pertenecer a los tribunales humanos: la Justicia humana, que no ve más que las acciones, no tiene otro pacto con los hombres, que el de la inocencia; y la Justicia divina, que registra los pensamientos, tiene dos, que son, el de la inocencia, y el del arrepentimiento». En el tomo se exponen las medidas adoptadas por el rey de Portugal para atemperar el rigor de la Inquisición, a saber, el mandato de que el fiscal acusador comunique al acusado los artículos de la acusación y los nombres de los testigos, y de que el acusado pueda elegir abogado y conferenciar con él, sin permitir, por lo demás, la ejecución de sentencia alguna de la Inquisición que no haya sido confirmada primero por el Consejo. Todas estas proposiciones son recogidas en las calificaciones de 1786, que abogan por la prohibición, o cuando menos expurgación. Bien es cierto que las diligencias practicadas para localizar la obra, en las librerías de Bahilio, Ozel Bartelemi, Alberá y Copin, no tienen éxito. En AHN, Inquisición, leg. 4479, n. 33, e *Índice* 1805, pp. 102-103.

diciendo que si el que besa a la mujer es clérigo, se presume que lo hace sin fin de adulterio y por causa de bendecirla. Cuando se propone explicar el modo para la prueba de que una mujer es liviana y deshonesto, dice que se prueba en efecto «si se hiciese constar que ha tolerado que algún joven, le manosee los pechos; si se ha entrado en el baño, en compañía de algún hombre; si de día y de noche admite en su casa, jóvenes, especialmente estudiantes; y si es callejera, y se va metiendo en las casas ajenas, porque nada de todo lo dicho, hacen las mugeres honestas», mas esta doctrina general señala Mascardo debe entenderse «siempre que las circunstancias y qualidades, de lugar, tiempo, presencia de otros, o concurrente necesidad, no persuada lo contrario» y «cuando estas demostraciones se practican, entre afines, y consanguíneos; porque la conjunción de la sangre, destruye la sospecha siniestra de lascivia». Advierte el censor de que esta doctrina no trata de la bondad o malicia de tales acciones en el fuero de la conciencia, sino sólo de la culpa jurídica que puede dar motivo al juez en el fuero externo para imponer la pena, por lo que no merece censura teológica; el calificador trae a colación la doctrina de Santo Tomás, según la cual los ósculos, amplexos y tactos, «absolutamente considerados» no son intrínsecamente malos, y sólo lo son por la «malicia extrínseca, que les repega la mala intención, y afecto libidinoso con que se hacen»; señala después que el juez, en el fuero externo, «no juzga de intenciones. Sólo juzga de los hechos exteriores, atendiendo las circunstancias también exteriores, que rodean y acompañan el hecho; y aunque éstas muchas veces, manifiestan con bastante claridad, la intención del agente; mas no con toda aquélla, que se necesita para graduar la bondad o malicia de aquellas obras, cuyo carácter de buena o mala lo da solamente la intención que reserva el Agente, y sólo a él, y a Dios es conocida. En tales casos es prudencia en el Juez, no precipitar su juicio, ni presumir malicia, en una obra que puede no tenerla, por falta de mala intención que la maligne». El calificador concluye que Mascardo busca reglar el juicio de los jueces para que en casos de duda se inclinen a la benignidad y a no presumir mal en las personas eclesiásticas, para no hacerlas despreciables a los seculares. Pues bien, el inquisidor fiscal señalará que aun tratándose de «obra magistral, que anda en manos de casi todos los letrados», el riesgo de que las proposiciones se entiendan equivocadamente aconseja que se mande por edicto del Santo Oficio que se explique su sentido en nota marginal, especificando que se han de entender en el fuero externo o contencioso, pero que en el fuero de la conciencia son culpa grave los ósculos y abrazos. Este criterio es el que adopta el Consejo de la Suprema. Mas conviene siempre tener presente que la Junta de Calificadores consideró bien fundada la calificación anterior en su conclusión de no encontrar la obra merecedora de censura teológica, por la razón de que discriminaba fundadamente entre la malicia moral de las acciones y «la culpa jurídica, y legal, que puede constituir las en la escala de los delitos, y en quanto puede dar a los abogados y jueces en el fuero externo, y judicial motivo para el concepto que deben formar

en orden a absolver, o imponer las correspondientes penas a los reos (lo que es muy claro en el autor)»²⁷.

El Santo Oficio persigue los libros jurídicos por su contenido ideológico, político o moral, mas no se adentra en disputas técnicas sin repercusión teológica ni se arroga en ellas autoridad que sobrepuje. Si la obra se ciñe al campo concreto de su precisión técnico-jurídica, sin cuestionar el modelo ideológico, político o social tradicional, el Santo Oficio lo reconoce como ámbito de no intervención. Si la crítica del libro sobre materias criminales desmorona los fundamentos del Antiguo Régimen, lo que es decir de una estructura política e institucional concreta: la Monarquía y la Iglesia, la potestad civil y la eclesiástica —como tantas veces se dice, al fundar su secuestro; en tal caso las expurgaciones y prohibiciones inquisitoriales se encienden y producen sus efectos.

Refleja esta valoración el juicio de peligrosidad y debida prohibición que recibe un libro denunciado al mismo Tribunal de la Inquisición de Murcia. La obra, adquirida a un comerciante francés en la calle de la Platería, es la *Practica nova rerum criminalium imperialis saxonica, in tres partes divisa* (Lipsiae, apud Yohannem Fridericum Gleditschium, 1739) de Benedicto Carpzovius²⁸. En la censura de 1746 se señala que el autor, doctor en la Universidad de Lipsia, es hereje luterano del Electorado de Sajonia. Y se hace una relación de proposiciones que demuestran cómo atentan sus páginas contra los principios del catolicismo. Son aquéllas que defienden el hecho de que en los estados protestantes la jurisdicción secular de los señores temporales se arrogue las rentas y la jurisdicción de los obispos y aun el reconocimiento y castigo de los sacerdotes y eclesiásticos, sobre la base de que el emperador es fuente de toda jurisdicción, sin reconocimiento de un superior pontífice, anulando pues el supremo dominio y jurisdicción de éste en lo espiritual. Dice Carpzovius que el juez secular que confía al clérigo delincuente al juez eclesiástico realiza un acto de misericordia, porque el juez secular puede castigar con la misma pena al clérigo que al lego, y porque en definitiva los eclesiásticos están sujetos a los príncipes y a los magistrados políticos. Se reprueba además la proposición que recoge la afirmación del emperador Maximiliano, según la cual el rey de España era rey de hombres; el de Francia, de jumentos; y el de Inglaterra, de demonios. Todo esto a propósito del crimen de lesa majestad. Para más inri, el autor da por supuesto que el adulterio dirime el vínculo del matrimonio —la parte inocente puede repudiar con licitud, disolver el vínculo y casarse de nuevo—; induce a creer que el matrimonio es un estado con mayor perfección que el de religión; y atribuye al papa Alejandro III el pensamiento de que el adulterio se coloca entre los pecados menos graves de la lujuria, por ser la naturaleza huma-

²⁷ AHN, Inquisición, legs. 4426, n. 8 y 4463, n. 15.

²⁸ Prohibida por el Índice de Roma: CARBONERO, p. 48.

na más inclinada a este vicio que a otro. Afirma también Carpzovius que cuando las mujeres casadas atraen con sus gestos y palabras a los jóvenes para que fornicen, éstos deben ser perdonados, dado que su acción no es deliberada y quedan embarazadas las leyes de su razón por la demencia, tal y como un loco ve perdonada la pena del delito por causa de su locura: el demente de lujuria «comete un pecado filosófico» más que un delito, por su falta de libertad. Y por si tantas afirmaciones torcidas no bastan, se recuerdan otras consideraciones del autor, quien se permite asegurar que los pontífices permiten en Roma los lupanares con gabelas para obtener rentas pingües, o que los obispos toleran en muchos lugares el concubinato de los sacerdotes a cambio del pago de cierta cantidad de dinero. No sólo hay en el censor, en fin, reproches por el desprecio que estas proposiciones suponen para la autoridad eclesiástica; también los hay si se desprecia la autoridad civil. Cuando el autor defiende que el juego siempre es contrario a la caridad, y antepone las virtudes del trabajo, el calificador limita la certeza de este criterio, porque aun cuando el derecho canónico haya prohibido muchos juegos, los príncipes en ocasiones los han moderado, y aun han permitido algunos. Así las cosas, el Tribunal ordena la búsqueda y retención del libro, especialmente en la librería del mercader Juan Guiradu, que por entonces ha fallecido, pasados sus libros a otro librero, Benedicto, de la calle de la Trapería esquina de las Cadenas. Éste dice haberlo despachado en Orihuela, sin recordar quiénes fueron los compradores, pero sí que la obra tenía mucha aceptación, habiendo despachado a un hijo suyo a Alicante para que procediera a encargar otros ejemplares. El resto de las librerías de la ciudad no tienen noticia ni del libro ni de su autor²⁹.

²⁹ AHN, Inquisición, leg. 4425, n. 13.