

Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787*

Maximiliano Hernández Marcos**

Recién editada en 1774 la traducción española de la obra de Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene* hecha por Juan Antonio de las Casas, el secretario italiano de la embajada imperial en Madrid, Pietro Giusti, en una carta dirigida al propio autor milanés, auguraba al libro una difícil recepción en España debido al «despotismo religioso y político» y a la «mala legislación» imperantes en ella, a la vez que atribuía el mérito de la publicación a «las luces y el valor del fiscal Campomanes»¹. De hecho, la obra aparecía en castellano encabezada por una Nota del Consejo Real (o de Castilla) y por un prólogo del propio traductor, en los que, extremando las cautelas, se limitaba su utilidad al plano meramente teórico de la discusión entre sabios o al de la sola «instrucción pública, sin perjuicio de las Leyes del Reyno, y su puntual observancia»². En modo alguno se pretendía, pues, contribuir a un debate público que plantease posibles reformas de la legislación vigente. Sin embargo, parece que en cierto modo tuvo el efecto contrario, ya que reavivó el sentimiento de malestar por algunas prácticas desmedidas e inhumanas de la justicia penal (tortura, pena de muerte, castigos desproporcionados, etc.) que había empezado a surgir en la magistratura española, y despertó así en las autoridades políticas una conciencia más clara de la necesidad de llevar a cabo una revisión del derecho y de la administración penal establecida, tal como se puso de manifiesto en la propuesta de formación de un Código Criminal que el secretario de Estado de

* Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico (III)» (HUM-2007-60799) del programa CONSOLIDER del Ministerio español de Educación, y ha resultado de una ponencia en el seminario internacional «Floridablanca (1728-1808). La España de las Reformas», organizado por la Fundación Séneca en Murcia entre el 3 y el 5 de diciembre de 2008.

** Universidad de Salamanca. Correo electrónico: marcos@usal.es

1 Carta del 12 de enero de 1775, citada por J. A. DELVAL, «Beccaria en España», apéndice de C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Alianza, Madrid, 1968, p. 165.

2 Cf. J. A. DELVAL, o.c., pp. 166-167.

Justicia, Manuel de Roda, elevó al Consejo Real en 1776, y que acabó conduciendo al fallido proyecto de codificación penal de 1787.

En las páginas siguientes se intenta examinar el alcance ilustrado de ese plan de Código Criminal así como, sobre todo, el de la cultura penalista que de alguna manera lo sostuvo, y cuya deuda con la tradición, amén de otros avatares históricos, marcó tanto sus escasas posibilidades de éxito como su orientación apenas innovadora. Para ello, y tras ofrecer, de manera preliminar, un esbozo panorámico de algunos rasgos elementales de la teoría ilustrada de la legislación en España (I.), se narra e interpreta brevemente la historia de la elaboración de dicho proyecto de Código Criminal (II.), antes de analizar más por extenso el tratado teórico que de algún modo lo ilumina intelectualmente, el *Discurso sobre las penas* (1782) de Manuel de Lardizábal y Uribe, atendiendo, en particular, al fondo ideológico tradicional, religioso y estamental, sobre el que, sin embargo, se tratan de insertar, no sin visibles incoherencias conceptuales, algunas de las principales doctrinas de la Ilustración penalista europea (III).

I. SOBRE LA «CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN» EN ESPAÑA. A MODO DE PANORÁMICA

La contribución acaso más característica de la Ilustración europea a la cultura jurídica es la así llamada «ciencia de la legislación». Como es sabido, este nuevo saber surge hacia mediados del siglo XVIII, bajo el impulso teórico y el amplio eco de la obra de Montesquieu *De l'esprit des lois* (1748), y se desarrolla a lo largo de la segunda mitad de la centuria como resultado de la integración compleja y diferenciada en cada caso del iusnaturalismo moderno, el incipiente pensamiento histórico-nacional y los conocimientos empírico-prácticos de las ciencias emergentes de la sociedad y el Estado (economía, pedagogía, policía, cameralística, derecho político, etc.)³. Nace ciertamente con la firme pretensión sistemática de fundamentar una regulación racional de todos los ámbitos de la vida social y adquiere desde el principio una orientación científico-técnica, al servicio de la praxis reformista de las monarquías absolutas, lo que la convierte en la teoría global de la política en la época de la Ilustración tardía, cuyo fruto histórico más visible fue el conocido proceso de codificación del derecho, iniciado por entonces y culminado en el siglo XIX.

3 Sobre la formación y desarrollo de la «ciencia de la legislación» v. G. DILCHER, «Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht», *Juristenzeitung* 24 (1969), pp. 1-7; y sobre todo M. HERNÁNDEZ MARCOS, «Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe», en, Enrico PATTARO (ed.), *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 9: *A History of the Philosophy of Law from Seventeenth Century to 1900 in the Civil-law*, Springer, Berlin/New York, 2009, pp. 69-134, espec. pp. 97 ss.

Al tratar de indagar sobre la suerte de esta teoría de la legislación en España, se advierte, sin embargo, el mismo perfil sombrío y distorsionado que distingue a su cultura ilustrada, compuesta por los ecos tardíos de las Luces europeas y por la asimilación refractaria de las nuevas ideas que impone la lente de su tradición histórica. De manera preliminar y con carácter genérico, cabe destacar al respecto los cuatro rasgos básicos siguientes. En primer lugar, la ausencia de autores y obras de relevancia teórica así como de un debate intelectual riguroso que pudieran haber llevado a la elaboración, sobre bases enteramente racionales, de un saber coherente y sólido sobre la tarea legislativa del Estado y su centralidad política, nos impide hablar propiamente de «ciencia de la legislación» en España. En su lugar encontramos más bien, y sólo a partir del último cuarto del siglo XVIII, una concienciación progresiva del problema del derecho vigente (incertidumbre, caos y arbitrariedad del ordenamiento jurídico heredado, anacronismo y barbarie de algunas leyes y procedimientos judiciales, etc.) y de la necesidad de una reforma del mismo por la vía de la legislación estatal, que no llegó a cristalizar teóricamente en una construcción racional firme ni a generar desde el punto de vista práctico siquiera un código legislativo correspondiente (al menos hasta bien entrado el siglo XIX). Si se tiene en cuenta que la cultura española careció de un Derecho Natural moderno como el de Inglaterra, Francia o países germánicos, sobre cuyo aparato conceptual y estructura metódico-sistemática se alzó la ciencia legislativa ilustrada, o que fracasaron los escasos intentos tardíos de introducir versiones foráneas, como el del abogado catalán Antoni Puig y Gelabert ya en los años ochenta⁴, se comprende por sí mismo que, sin una herramienta teórica tan fundamental, resultase imposible erigir en España el edificio intelectual sobre el que pivotara la política legisladora de la Ilustración europea.

Mas, en segundo lugar, esa conciencia ilustrada de la legislación se alimentó, por un lado, de la recepción ecléctica y parcial de algunas teorías de la Ilustración europea, especialmente francesas e italianas (destacan sobre todo Montesquieu, Filangieri, Beccaria y finalmente el inglés Bentham), y se desarrolló, por otro lado, como un discurso sincrético, que reunía o simplemente amalgamaba, a veces de manera conceptualmente incoherente, elementos ilustrados e ideología tradicional. Ese proceso de recepción y la subsiguiente

4 Sobre la ausencia de un iusnaturalismo moderno en España y sobre el fallido intento de Puig y Gelabert por introducir el cameralismo político de von Justi sobre las bases del iusnaturalismo civil de Domat véase respectivamente de J. L. VILLACAÑAS BERLANGA, «La obra del abate Andrés y el derecho natural ilustrado español», en P. AULLÓN DE HARO y otros (eds.), *Juan Andrés y la teoría comparatista*, Biblioteca Valenciana, Valencia, 2002, pp. 171-193; y *Derecho, historia, razón: A propósito de un homenaje a Floridablanca*, Fundación Séneca, Murcia, 2008, espec. pp. 23-61.

gestación de una mentalidad legislativa en la cultura española se produjo además de manera lenta y tortuosa, a base de impulsos breves en tres fases distintas, flanqueadas por profundas interrupciones históricas: el último período del reinado de Carlos III (1775-1789), la época de las Cortes de Cádiz (1810-1814) y el trienio liberal (1820-1823). Como ejemplo paradigmático de esta recepción entrecortada del pensamiento legislativo cabe aducir las vicisitudes editoriales de la traducción castellana de *La scienza della legislazione* (1780-1783) de Gaetano Filangieri por parte de Jaime Rubio: iniciada su impresión en 1787 pero inconclusa por «las circunstancias del tiempo», y reimpressa luego de modo precipitado y defectuoso en 1814, no salió definitivamente a la luz con el debido rigor filológico hasta el año 1822⁵.

En tercer lugar, ese discurso ilustrado sobre la legislación no fue en España obra de grandes filósofos ni de pensadores de elevada talla intelectual, sino más bien de juristas prácticos, con experiencia en la administración de justicia y conocedores de sus deficiencias reales (Meléndez Valdés, Jovellanos, Vizcaíno Pérez, Lardizábal, Marcos Gutiérrez ...), lo cual explica tanto la ausencia de grandes ideas y el desinterés por la construcción conceptual coherente como sobre todo la moderación y el pragmatismo en las soluciones propuestas, generalmente respetuosas con el ordenamiento jurídico vigente, dado que se piensa que la jurisprudencia y legislación españolas son «menos imperfectas» que las de otras naciones⁶. El discurso teórico, pues, no surge, por así decir, antes y con independencia de las necesidades concretas de los tribunales y de los juicios, o por articulación de las mismas dentro de un sistema «abstracto» de pensamiento racional, sino, muy al contrario, al hilo precisamente de las exigencias de reforma planteadas desde la práctica judicial, y se despliega por ello a impulsos eclécticos, sometido a veces al vaivén oportunista que imponen las circunstancias imprevisibles de la praxis jurídica.

Por último, la conciencia de la irracionalidad de algunas leyes y prácticas de la justicia española heredada así como de la necesidad de reformarlas no procedió –como en el resto de Europa– de los defectos y abusos de la juris-

5 Véase al respecto tanto el Prólogo del traductor como la Advertencia del editor, en: C. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, traducción de Jaime Rubio, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822, pp. vii-viii y 1-2 respectivamente.

6 Cf. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 104-105. Así, por ejemplo, el traductor de la célebre obra de L. A. Muratori, el abogado Vicente María de Tercilla, insiste todavía en 1794 en que la jurisprudencia española no tiene los «defectos intrínsecos y extrínsecos» indicados por el pensador italiano medio siglo antes, gracias a una «sabia legislación» (las «Leyes Reales de las Partidas y la Recopilación») que los ha remediado o evitado, de manera que si, a pesar de todo, se dan algunas deficiencias en ella, deben ser atribuidas «a los que la practican con siniestros e interesados fines» (Prólogo del traductor, en: Luis Antonio MURATORI, *Defectos de la jurisprudencia*, Madrid: J. Ibarra, 1794, pp. viii-x).

prudencia civil, sino que se despertó primero y ante todo en el campo del derecho penal y en el cuerpo mismo de la magistratura⁷. Esta prioridad de lo penal sobre lo civil⁸ en la mentalidad práctica de los juristas ilustrados permite comprender que en España el intento de reforma legislativa se lleve a cabo, bajo el reinado de Carlos III, con un primer Proyecto de Código Criminal, fraguado entre 1776 y 1787, y que el primer tratado español de teoría ilustrada de la legislación, forjado en el contexto de ese proyecto político, sea de orientación penalista: el *Discurso sobre las penas* (1782) de Manuel de Lardizábal y Uribe. La tendencia a concentrar las exigencias de reforma legislativa en la jurisprudencia penal pervivirá, entre los ilustrados españoles, en las décadas posteriores hasta culminar en el Código Criminal de 1822, que apenas llegó a aplicarse.

II. EL PLAN DE CÓDIGO CRIMINAL DE 1787. BREVE HISTORIA

Como es sabido, la conciencia ilustrada en asuntos penales se agudiza en Europa en la década de los sesenta como consecuencia de los casos alarmantes denunciados por Voltaire⁹ y la publicación del libro de Cesare Beccaria *De los delitos y las penas* (1764), muy bien recibido en los círculos enciclopedistas franceses. En este contexto de sensibilización y crítica de la inhumanidad y desproporción de muchas leyes penales y de sus prácticas arbitrarias y crueles, dos hechos significativos sacan a relucir en España idéntica situación irracional de su ordenamiento y administración penalistas. Por un lado, el intento de Carlos III el 13 de abril de 1764 de rehabilitar la Pragmática de Felipe V de 1734 que imponía la pena de muerte a hurtos simples en la Corte, encontró la oposición del Consejo de Castilla por la ineficacia de la medida y lo desproporcionado del castigo en relación con el delito¹⁰. Por otro lado, la

7 Cf. J. R. CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* XXII (1969), pp. 313-342, aquí p. 319; y J. A. DELVAL, «Beccaria en España», o.c., pp. 163-176, aquí p. 165.

8 Cf. F. TOMÁS Y VALIENTE, o.c., pp. 105-106.

9 Se trata, entre otros, de los procesos condenatorios del caballero de la Barre, de la familia Sirven o de Jean Calas que Voltaire difundió por Europa mediante escritos como el *Tratado sobre la tolerancia* (1762), surgido con motivo de la intolerancia y superstición religiosas puestas de manifiesto en el último caso mencionado. Sobre este punto véase G. TARELLO, *Storia della cultura giurídica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 459 ss.; y L. F. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la Ilustración*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 59 ss.

10 Una exposición más detallada y documentada de estos hechos y de la historia del proyecto de código penal español bajo Carlos III puede hallarse en J. R. CASABÓ RUIZ, o.c., aquí pp. 317 ss., a quien sigo en este breve relato histórico. Puede consultarse asimismo la exposición de J. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado*

fuga masiva de los condenados en los presidios de África que se convertían al Islam para no ser entregados de nuevo a las autoridades españolas –según expuso al rey el embajador en Marruecos Jorge Juan en 1761–, llevó a buscar medidas adecuadas que atajasen semejante deserción¹¹. El Consejo planteó entonces al rey, siguiendo la propuesta de la Sala de Alcaldes del 30 de junio de 1770, «la formación de un Código Criminal o de Leyes Penales», que, manteniendo las aún válidas y enmendando las que necesitasen ser cambiadas, graduase «las penas según la gravedad de los delitos, sus cualidades, pruebas y excepciones»¹²; y el monarca ordenó a su vez al Consejo el 25 de septiembre del mismo año que «tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal»¹³.

La idea quedó, empero, olvidada hasta que el secretario de Estado y de despacho oficial de Gracia y Justicia, Manuel de Roda, dirigió un oficio al Consejo en 1776 en el que con ocasión de la consulta pendiente sobre el tipo de pena adecuada a los hurtos en la Corte, recuerda, entre otros asuntos penales susceptibles de estudio y reforma (proporción entre penas y delitos, sustitución de la pena capital por otras más útiles, eliminación del tormento, etc.), la propuesta de «formación de un Código Criminal, en que se recopilen todas las leyes penales, omitiendo las que no están en uso, evitando la perplejidad que las mismas leyes producen por su contrariedad, obscuridad o variación de costumbres, según la diferencia de tiempos»¹⁴. El Consejo, por indicación del fiscal Pedro Rodríguez Campomanes, encargó entonces a Manuel de Lardizábal la tarea de elaborar un Extracto, debidamente informado, de todas las leyes penales dispersas en (el libro 8º de) la Recopilación desde el Fuero Juzgo de los godos hasta el siglo XVIII, el cual debía servir para confeccionar un Código de legislación criminal o –tal como se dice literalmente en la célebre consulta del Consejo del 10 de diciembre de 1782– «una nueva pragmática» que «alterase, reformase y mejorase las leyes penales antiguas», acomodase «las

de Carlos III (Madrid, 1785-1789), Gredos, Madrid, 1969, tomo III, pp. 167 ss. Cf. también M^a P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 332 ss., que centra su análisis del plan de Código de 1787 sobre todo en los aspectos procedimentales.

11 La célebre consulta del Consejo del 10 de diciembre de 1782 (véase AHN, 4822,5) considera este hecho como motivo ocasional de la idea de la codificación criminal, ya que tal fue la respuesta del Consejo a la exigencia real de «medidas adecuadas», haciendo suya la propuesta correspondiente de la Sala de Alcaldes del 30 de junio de 1770. No obstante, el problema concreto de la fuga de presos se intentó resolver de inmediato con una pragmática del 12 de marzo de 1771 (v. CASABÓ RUIZ, *Ibíd.*, p. 320).

12 AHN, 4822, 5, citado por CASABÓ RUIZ, *Ibíd.*, p. 319.

13 M. LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas* (1782), Comares, Granada, 1997, p. 17.

14 Citado por SEMPERE Y GUARINOS, o.c., tomo III, p. 174.

equivalentes a las circunstancias del tiempo presente» y «cortase en lo posible toda la arbitrariedad»¹⁵. Según consta en esa misma consulta de diciembre de 1782, a Lardizábal también se le encomendó poco después la tarea paralela de preparar un cuarto tomo de la Recopilación sobre normativa en materia civil, que recogiese todos los «decretos, providencias generales, cédulas, consultas resueltas y autos acordados» que habían «salido desde 1745»¹⁶, un trabajo que condujo a la *Real cédula sobre formación y autoridad de esta novísima Recopilación de Leyes de España* (3 vols.), presentada al Consejo el 12 de julio de 1785 por la Junta de Recopilación, compuesta por cuatro ministros (Fernando de Velasco, Blas de Hinojosa, Miguel de Mendinueta y Pablo de Mora y Jaraña) y nombrada al efecto el 11 de marzo de 1783.

Peor suerte corrió la labor preparatoria de Lardizábal en materia de legislación criminal. Tras presentar el 9 de febrero de 1778 su Extracto anotado al Consejo, éste lo remitió a la Sala de Alcaldes para que fuera debidamente examinado e informado, y posteriormente, junto con los correlativos informes de éstos, lo sometió al estudio de la Junta de Recopilación, que empezó a trabajar sobre ellos a partir de octubre de 1785 de cara a la formación del Código criminal. De hecho, el 29 de marzo de 1787 la Junta elevó a Floridablanca para su aprobación un bosquejo del plan del futuro código y, ante la falta de respuesta, volvió a remitírselo en abril de 1788. Fallecido el rey Carlos III, el conde de Floridablanca respondió el 28 de diciembre de ese año apremiando al Consejo para que elaborase ya dicho Código, y éste, en su contestación del 9 de febrero de 1789, justificó la demora por el fallecimiento reciente de dos miembros de la Junta y la necesaria meticulosidad de un trabajo tan relevante, al tiempo que reconoció que el Proyecto de Código estaba ya casi concluido¹⁷. Sin embargo, a partir de ese momento no se tiene más noticia de él. El primer intento de revisión o reforma del ordenamiento jurídico-penal heredado fracasó en medio de trabas burocráticas, reservas ideológicas y avatares políticos desfavorables.

Aunque las razones de ese fracaso parecen perderse en la oscura profundidad del pasado histórico, desde el punto de vista de la historia de la Ilustración jurídica en España interesa, no obstante, saber si se trataba de un proyecto político realmente nuevo y avanzado o de una fórmula más de recapitulación del ordenamiento tradicional. Dicho de otro modo: ¿estamos ante un plan de código penal en sentido moderno o más bien ante una simple recopilación de la normativa criminal vigente? Es claro que el planteamiento inicial era básicamente actualizar las leyes penales de la Recopilación, dispersas, anticuadas y en algunos casos inhumanas. El encargo que el Consejo

15 AHN, 4822, 5, citado por CASABÓ RUIZ, *Ibíd.*, p. 323.

16 *Ibíd.*, pp. 322-323.

hizo a Lardizábal consistía simplemente en preparar un extracto del tomo octavo de la Recopilación y un informe correspondiente sobre la idoneidad o superfluidad de cada ley en vigor; y la idea que tanto Manuel de Roda como el propio Consejo parecían tener del código de legislación criminal que debía surgir a partir de aquel extracto, no se distinguía apenas de cualquier otra pragmática real –tal como se desprende de la célebre consulta del Consejo del 10 de diciembre de 1782–, salvo en que ésta reuniría, adaptada a los tiempos y renovada, toda la normativa penal transmitida. En este aspecto, no resultaba infundada la escéptica ironía con que el francés Linguet valoraba la noticia del futuro Código en España al calificar en 1778, en sus *Annales politiques*, de «cosa graciosa» el hecho de que pudiera ser «el *Manzanares* el que diera el primer ejemplo» de «legislación clara, corta y uniforme» a «la Europa, y aun a todo el mundo»¹⁸.

Sin embargo, en el proceso de preparación del proyecto de código, especialmente a partir de octubre de 1785 con el inicio de los trabajos y deliberaciones de la Junta de Recopilación, a cuyas sesiones asistía también Lardizábal, debió tener lugar un cambio de planteamiento, a juzgar por los resultados que, como mero bosquejo del plan, se presentan a Floridablanca el 29 de marzo de 1787. Pues en el escrito que acompaña a ese Plan, hay dos datos sumamente significativos. Por un lado, la Junta de los cuatro ministros nombrados en 1783 deja de llamarse «Junta de Recopilación» y pasa a denominarse a sí misma «Junta de Legislación», con lo que da a entender que considera que su tarea es más creadora que conocedora del ordenamiento jurídico y tiene que ver más con la refundación soberana de éste (aun cuando fuera, en esencia, el tradicional) que con la simple reelaboración actualizada del mismo. Por otro lado, en ese escrito la Junta formula asimismo algunos principios típicamente ilustrados de *racionalización* del derecho: reclama una legislación criminal autónoma, «sin mezcla de otra cosa alguna», definiendo los postulados de claridad, concisión e inteligibilidad de las leyes, y subraya la ordenación sistemática de las «leyes criminales del Reyno», a las que ha dado la «forma y método» del que carecían «en la Recopilación», donde se hallaban «esparcidas y dislocadas por todos sus libros y títulos»¹⁹. La Junta señala a este respecto que el examen detenido del ordenamiento jurídico-penal existente le «ha hecho ver la necesidad, no sólo de alterar muchas penas, por estar enteramente anticuadas y sin uso alguno», sino también de darle una *ordenación metódica*, que permita articularlas como un sistema, según «reglas fixas y constantes», es decir, como un verdadero

17 Véase AHN, 4818, 31, citado por CASABÓ RUIZ, *Ibíd.*, pp. 327-328.

18 Citado y traducido por SEMPERE Y GUARINOS, o.c., tomo III, pp. 176-177.

19 Plan del Código Criminal de 1787 (AHN, 3549), en CASABÓ RUIZ, o.c., pp. 331 ss.

Código, que comprenda tanto «los delitos y las penas que les corresponden», como «lo concerniente a las pruebas de los delitos y a la substanciación de los procesos criminales»²⁰.

El Plan contempla así un futuro código dividido en cuatro partes, la primera de las cuales, que aborda el derecho penal sustantivo, se basa en una clasificación racional de los delitos, próxima a la de Filangieri²¹, mientras que las tres restantes se ocupan de diferentes aspectos jurídicos del procedimiento criminal (personas concurrentes en las causas penales, orden y forma de sustanciarlas y diferentes tipos de pruebas de los delitos). En suma, cabe decir que, si bien no puede hablarse de un proyecto de código criminal estrictamente moderno, que suponga una remodelación de la estructura jurídica del antiguo régimen (ésta parece ahí sancionada en lo esencial), estamos, no obstante, ante un plan no sólo de actualización –tal como se propuso en principio– sino a la vez de *ordenación racional* de la legislación penal vigente. Esta conciencia de la necesidad de una sistematización metódica, según criterios racionales, de las leyes penales heredadas fue lo que se gestó y se afianzó en el proceso de preparación del código, lo que se materializó en el Plan de 1787 y lo único –excepción hecha de algunos puntos jurídico-doctrinales concretos– que, a mi entender, sitúa a este proyecto en el horizonte de la Ilustración europea de la época.

III. LARDIZÁBAL, O LA ILUSTRACIÓN PENAL ESPAÑOLA AL SERVICIO DE LA TRADICIÓN

1. *Razón e historia en el proyecto de Código Criminal. El método legislativo según Lardizábal*

Es común entre los historiadores del derecho penal considerar el *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* (1782), de Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), como la teoría legislativa correspondiente al proyecto de Código Criminal de 1787, cuya preparación, mediante el mencionado extracto, le había sido encargada, e igualmente valorar esta obra y a su autor como los representantes más significativos de la Ilustración penal española²². El propio Lardizábal presenta su

20 *Ibíd.*, pp. 331-332.

21 *Cf. Ibíd.*, pp. 332 ss. Los ligeras oscilaciones con respecto a la clasificación de Filangieri tienden a afianzar el ordenamiento tradicional. Así, por ejemplo, la mayor amplitud de los «delitos contra la religión» o la consideración de «delitos contra el orden público» de la brujería, hechicería, adivinación, etc., excluidas de la esfera de lo punible por el italiano, o la tipificación penal de la «usura» entre los «delitos contra la propiedad y bienes de los particulares», también descartada como delito por Filangieri.

22 *Cf.*, entre otros, F. BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal, el primer penalista de América española*, UNAM, México, 1957, pp. 28 y 33-34 y M. RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1964, espec. 49 ss.;

ensayo como el conjunto de «reflexiones» surgidas de aquel encargo, en las cuales, basándose en sus lecturas de obras ilustradas sobre la materia y en el estudio de las leyes penales españolas, ha tratado de «exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales, que pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro Gobierno»²³. De hecho el Prólogo y la Introducción de la obra pueden ser perfectamente leídos como la interpretación y justificación teórica general que el propio autor ofrece del proyecto codificador en el que él estaba implicado. Tres rasgos básicos identifican, en lo esencial, su concepción del sentido de ese proyecto.

En primer lugar, Lardizábal sitúa de entrada el plan español de Código Criminal en el contexto del movimiento ilustrado europeo y de las políticas de *reforma de la legislación* penal emprendidas por algunos príncipes (Austria, Suecia, Alemania, Rusia, etc.) ante la constatación del rigor, desproporcionalidad, arbitrariedad e inhumanidad de las leyes criminales vigentes, «hechas en unos tiempos tenebrosos», en los que la ignorancia de los hombres y la ferocidad de sus costumbres llevaron a creer que la fuerza y la severidad son los únicos medios de «contener los delitos»²⁴. El jurista hispano concibe así su quehacer teórico y la práctica codificadora a la que acompaña como contribuciones al proceso europeo común de *racionalización y humanización* del derecho y jurisprudencia penales impulsado por la cultura ilustrada.

Ahora bien, la manera como entiende que ha de llevarse a cabo esta racionalización en el campo jurídico-penal, indica, en segundo lugar, que para Lardizábal y los promotores del plan de código criminal las Luces se proyectan y se agotan básicamente en el *método* legislativo, un método consistente aquí en dar al derecho criminal la *forma* de la *ratio* pura y la *sustancia* de la *ratio* histórica. Ello se pone de manifiesto en el nítido rechazo de un tipo de

y entre la literatura más reciente, L. PRIETO SANCHÍS, o.c., pp. 92 ss.; A. MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la codificación penal española*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003, p. 73; y J. SAINZ GUERRA, *La evolución del derecho penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004, 55-56. Sobre la vida y obra de este jurista e historiador del derecho de origen mexicano pueden consultarse las citadas monografías de F. Blasco y M. de Rivacoba, así como el resumen de J. ANTÓN ONECA, «El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal», *Revista de estudios penitenciarios*, 174 (1966), 595-626, espec. pp. 607-617.

23 M. LARDIZÁBAL, o.c., 18 y 8 respectivamente. De manera similar, y subrayando esta moderación condescendiente con la tradición histórica, celebraba Sempere y Guarinos el *Discurso* de Lardizábal como una obra «en que brilla la más sólida filosofía, aunque sin aquel aparato y tono de crítica libre y atrevida con que algunos criminalistas extranjeros han procurado ridiculizar y combatir ciertas leyes» injustas o inadecuadas, que tienen, sin embargo, «a su favor el gran peso de la más respetable autoridad y de la costumbre» (J. SEMPERE Y GUARINOS, o.c., III, pp. 177-178.)

24 Cf. M. LARDIZÁBAL, o.c., pp. 6-8.

codificación basada en el racionalismo iusnaturalista y contractualista y en la clara adhesión, por el contrario, a una forma de reformismo ilustrado inspirada en el empirismo histórico-nacional de Montesquieu, ya que -según el autor del *Discurso*- se trata simplemente de dar a un pueblo las leyes que «se acomoden a la república, y no» de acomodar «la república a las leyes». En una referencia inequívoca, aun sin cita expresa de la obra, al planteamiento de *De l'esprit des lois* Lardizábal señala que «un sabio y prudente legislador en el establecimiento de las leyes» criminales «debe tener siempre presente la religión, el carácter, las costumbres y el genio de la nación que gobierna. Hasta la situación y el clima del país deben tener influencia en las leyes penales respecto de ciertos delitos»²⁵. El criterio de adecuación al espíritu de la nación española permite a Lardizábal tomar como base material del código el corpus jurídico-penal de la Recopilación, y reducir entonces el alcance de la reforma ilustrada a la ordenación sistemática y a la actualización razonable del caótico y anticuado ordenamiento criminal vigente.

Con todo, la asunción de la metodología *histórico-nacional* de Montesquieu no se produce, en tercer lugar, sin una cierta reinterpretación en clave *histórico-racional*²⁶, procedente de la filosofía ilustrada de la historia iniciada por Voltaire en la década de los sesenta, que unificaba la diversidad antropológica de los pueblos y las sociedades bajo un tiempo histórico único y universal, cualificado por el progreso de la barbarie a la civilización. Pues Lardizábal, tras defender una reforma adaptada a las costumbres y constitución del pueblo

25 *Ibíd.*, p. 12. La influencia de Montesquieu en Lardizábal ha empezado ya a ser subrayada por algunos estudiosos desde el trabajo de M. RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado* (1964), o.c., cap. III, pp. 63 ss. (cf. también J. ANTÓN ONECA, o.c., p. 620, y L. PRIETO SANCHÍS, o.c., pp. 92-93), sólo que normalmente en un sentido polémico, en el contexto del rechazo de la absurda idea de que Lardizábal fue el «Beccaria español», sugerida por P. Dorado y difundida por Quintiliano Saldaña (V. Especialmente Q. SALDAÑA, «Estudio preliminar», en C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Hernando, Madrid, 1930, p. 26; y la nota informativa al respecto de RIVACOBA, o.c., pp. 50-51) y luego repetida casi devotamente por la mayoría de los historiadores del derecho penal español; una idea cuya fortuna historiográfica sólo puede explicarse por ese embrujo fácil del ingenio verbal que parece eximir de la sustancia de los conceptos. La deuda con Montesquieu es, sin embargo, bastante visible, y no se limita sólo a la recepción de esta metodología de fundamentación histórico-nacional de la legislación, sino que incluye otras muchas doctrinas puntuales: por ejemplo, la concepción de la «libertad civil» ligada a la seguridad de una legislación criminal (cf. LARDIZÁBAL, o.c., p. 5), la idea de la proporcionalidad entre penas y delitos (cf. LARDIZÁBAL, o.c., cap. II, pp. 24-25, 27-28), así como la correspondiente clasificación de los delitos y de las penas adecuadas a ellos (*Ibíd.*, cap. II, pp. 25-26), etc. Rivacoba, en su célebre estudio sobre Lardizábal, ha apuntado con acierto algunas de estas doctrinas, pero se requeriría un estudio más minucioso sobre el tema, asunto del que no nos podemos ocupar aquí.

26 Acerca de este doble concepto de lo «histórico», el nacional-tradicionalista y el racional-ilustrado, y de su asociación genética con Montesquieu y Voltaire, v. M. HERNÁNDEZ MARCOS / D. CANALE, «Iusnaturalismo prusiano y codificación. Notas de discusión», *Res publica. Revista de filosofía política* 11-12 (2003), pp. 202-203.

español, hace un breve recorrido histórico, desde la Roma republicana hasta su propio presente, en el cual relaciona la dureza y crueldad del sistema penal heredado con la barbarie, anarquía, espíritu bélico y ferocidad del feudalismo, y reclama por eso una legislación criminal adecuada a la nueva época culta y civilizada, que goza de tranquilidad pública y de una justicia legal gracias a la afirmación absoluta de la autoridad de sus príncipes soberanos²⁷. El examen reformista del ordenamiento jurídico vigente tratará por ello de garantizar ciertamente la continuidad de la sustancia histórica de España mediante la *adecuación* del código a la nación, pero a la vez el cambio actualizador de sus accidentes mudables y caducos mediante la *adecuación* de algunas partes al espíritu del tiempo, de modo que pueda discriminarse con claridad el grueso de las leyes que se mantienen, de las que han de reformarse por anticuadas, crueles o en desuso. El reformismo se alza sobre un conservadurismo de fondo en este planteamiento metodológico de *racionalización del derecho penal*, basado en la combinación de dos principios rectores: la «venerable autoridad de la legislación patria» y la «sana o recta razón» ilustrada²⁸, que se limita a ordenar dicha legislación y al mismo tiempo a actualizarla.

Esta orientación conservadora, garantizada por el método legislativo, se torna aún más evidente cuando se atiende al horizonte teórico general en el que se inserta y se fundamenta la doctrina penalista de Lardizábal, a saber, una *cosmovisión política y social de corte tradicional*, caracterizada por dos notas básicas: la legitimación religiosa del poder estatal y del derecho a castigar, que impide hablar, en su caso, de una secularización clara del derecho penal, como la llevada a cabo por el pensamiento ilustrado europeo de la época; y el esfuerzo por mantener el principio de la desigualdad penal ante la ley, que venía a sancionar la diversidad estamental de la sociedad y con ello a asegurar la estructura jurídica y política del antiguo régimen.

Estas dos cuestiones teóricas ocuparán nuestro análisis siguiente, a sabiendas de que por referirse a la comprensión y fundamentación ideológica del discurso penalista ponen de relieve la mentalidad básica sobre el Estado y la sociedad así como sobre el lugar correspondiente del derecho y la justicia

27 Cf. LARDIZÁBAL, o.c., pp. 12-16. Es palmaria la similitud de esta argumentación histórico-racional de Lardizábal con la ofrecida por Filangieri en la Introducción de *La scienza della legislazione* (1780-1783). También el italiano relaciona el oscurantismo y malestar del derecho heredado con el espíritu bélico, la anarquía y la independencia opresora de los poderes feudales y cifra precisamente en la eliminación de éstos y en la «tranquilidad y la razón» derivadas de la «estabilidad de las monarquías» absolutas la posibilidad de una legislación racional, que asegure la felicidad del pueblo (C. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822, tomo I, pp. iv ss.). No sabemos si antes de redactar el *Discurso* el jurista hispano conoció y leyó al menos el primer tomo de la edición italiana, publicado en 1780.

28 Así los recordaba J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid: Don Benito García y compañía, 1804, Prólogo, pp. iv, vii.

criminales en ellos. Al centrar nuestro estudio ulterior en esos dos aspectos teóricos y poner de manifiesto mediante ello el anclaje de Lardizábal y del proyecto de Código criminal de 1787 en un marco cultural aún pre-ilustrado, no se pretende ignorar la presencia evidente de algunas doctrinas propias de la Ilustración penalista en el *Discurso* del jurista hispano (por ejemplo, el principio de legalidad penal, el reconocimiento de la utilidad social de las penas, la exigencia de proporcionalidad de éstas con los delitos, el postulado de moderación penal, etc.); solamente se quiere mostrar que estas doctrinas ilustradas concretas se insertan y se articulan dentro de una visión general no ilustrada sobre el poder político, la organización social y el significado del derecho penal, que saca a relucir el modo profundo de pensar y de actuar de las elites intelectuales y sociales de la época y con ello el arraigado fondo de sombras sobre el que se proyectan las Luces –escasas y efímeras– en España.

2. *La impronta religiosa de la concepción penalista: origen divino del ius puniendo y punibilidad de los delitos contra la religión*

Como es bien conocido, la aportación teórica general acaso más relevante de la cultura criminalista ilustrada viene a ser la concepción secularizada del derecho penal como una parte del sistema jurídico-positivo del Estado, desvinculada de la moral religiosa y de sus fines de redención espiritual. Esta nueva visión secular contiene al menos dos ideas básicas. Por un lado, supone el reconocimiento del *monopolio estatal* del *ius puniendi* y la correspondiente fundamentación contractualista de este último, tal como se elabora desde los sistemas iusnaturalistas modernos de la segunda mitad del siglo XVII hasta los planteamientos convencionalistas de Rousseau y el propio Beccaria. Por otro lado, esta atribución exclusiva al Estado del derecho a castigar va unida a la restricción paralela de la esfera de lo *punible* a conductas externas efectivamente lesivas de bienes jurídicos relevantes (reconocidos por la ley) y a la subsiguiente *despenalización* del foro interno (creencias, intenciones, opiniones, rasgos personales, etc.), lo cual se traduce en una delimitación clara y creciente entre delito, pecado y vicio, esto es, entre acciones susceptibles de castigo público por parte de la justicia estatal y acciones susceptibles sólo de sanción religiosa o moral.

Si miramos ahora al *Discurso sobre las penas* de Lardizábal, comprobamos que, en sus líneas básicas, no participa de ninguna de estas dos ideas implicadas en la secularización ilustrada del derecho penal, puesto que en él se procede a una fundamentación religiosa del *ius puniendi*, por más que se atribuya su ejercicio exclusivo al Estado, y al mismo tiempo se amplía la esfera de lo punible hasta los delitos contra la religión (católica), a pesar de que se lleva a cabo una previa delimitación entre delito y pecado. Pero veamos estos dos asuntos en su detalle y complejidad textual.

2.1. La fundamentación religiosa del derecho a castigar y la crítica del contractualismo moderno

El capítulo primero de la obra de Lardizábal titulado «De la naturaleza de las penas, de su origen y de la facultad de establecerlas y regularlas» es un ejemplo representativo del sincretismo entre ideas propiamente ilustradas y convicciones tradicionales que torna ambigua y conceptualmente incoherente su concepción penalista. En él tiene lugar una especie de cortocircuito argumentativo producido por el solapamiento abrupto entre dos concepciones distintas del poder y del derecho a castigar: la *político-contractualista* moderna y la *monárquico-religiosa* de la tradición escolástico-tomista²⁹.

Por un lado, el jurista hispano sigue, en efecto, el lenguaje y el planteamiento propiamente ilustrado, iusnaturalista en concreto –apela expresamente a Pufendorf y a Heinecio–, de definición de la naturaleza y origen *políticos* de las penas y de los delitos, cuando empieza sosteniendo que ambos se dan, en rigor, sólo en la sociedad civil (no en el estado de naturaleza) y se refieren a acciones externas que perturban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares, de manera que tanto los «actos puramente internos» como las acciones externas jurídicamente indiferentes quedan, en principio, fuera de la sanción punitiva de un poder superior³⁰. Lardizábal, al relacionar ahí el origen del derecho penal con la *conservación estatal de la sociedad* y la seguridad de los ciudadanos, está en condiciones de diferenciar en principio, y así lo hace, la esfera de lo punible (delito), de las esferas religiosa y moral de lo pecaminoso y perverso.

En consonancia con este reconocimiento de la índole y procedencia políticas de la punición el *Discurso* avanza, de entrada, hacia una expresa *fundamentación contractualista del ejercicio* exclusivamente *estatal* del *ius puniendi*, aderezada casi *ad pedem litterae* con la retórica y la terminología del propio Beccaria, incluida la imagen del «depósito común de fuerzas», y con algún retazo de su pesimismo antropológico individualista, al retrotraer ese derecho de castigo al «consentimiento» o acuerdo por el que los hombres, al entrar en sociedad, transfieren a ésta, ya sea sólo «tácitamente», una parte de su libertad y de sus fuerzas para formar un «depósito comunitario» de de-

29 Es curioso que M. RIVACOBÁ, o.c., pp. 69-70, al mencionar a vuelapluma este punto, pase por alto esta fundamentación religiosa del *ius puniendi* y se limite a señalar la contradicción entre el relato terminológicamente contractualista y la crítica posterior del pacto social de Rousseau y Beccaria, tras haber dado por supuesto antes, basándose sobre todo en afirmaciones de la Introducción, el iusnaturalismo escolástico de Lardizábal y su lejanía de la «escuela clásica» y aún más de «la racionalista de sus días». Sólo J.A. DELVAL, o.c., pp. 173-74 ha recalcado la «concepción religiosa del mundo» y la visión «trascendente» del poder en Lardizábal, que contrasta con su comprensión secularizada de las penas.

30 Cf. LARDIZÁBAL, o.c., cap.1, pp. 19-20; cap. 4, & I, pp. 51-52.

fensa y protección de cada uno³¹. De ahí que la razón de ser de las penas, su *fin general* no sea otro que la seguridad jurídica de los ciudadanos y la conservación de la comunidad política mediante el uso de ese depósito público de las fuerzas particulares transferidas³².

Mas, por otro lado, aunque el derecho de castigar corresponda sólo a la autoridad estatal y su ejercicio sea posible gracias al depósito común de fuerzas individuales transferidas, no procede, sin embargo, de un pacto social entre los hombres, sino que tiene únicamente *origen divino*.

«La facultad de establecer las penas y regularlas –afirma Lardizábal–, que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Majestad esencialmente necesario para el gobierno y conservación de la república, dimana del mismo Dios, supuesta la formación de las sociedades, y supuesta la convención de los hombres, que cedieron los derechos que les concedía el estado natural, depositándolos en la Potestad pública para poder gozar de ellos con más seguridad»³³.

De este modo, el curso de la argumentación contractualista se interrumpe justo allí donde el iusnaturalismo moderno lo había presentado también para dar cuenta de la autoridad política en la sociedad sin apelar a la religión: en la cuestión de la legitimidad de su origen, que para Lardizábal sigue siendo exclusivamente religiosa. Este peculiar solapamiento de la vieja fundamentación divina del poder con la nueva teoría contractualista del Estado, explica que la justificación del *ius puniendi* se halle traspasada por una extraña paradoja: los hombres acuerdan que el Estado tenga y ejerza en exclusiva la potestad pública del castigo, pero no se la otorgan, porque ésta sólo la concede Dios. A continuación profundizaremos algo más en los dos supuestos doctrinales de Lardizábal que están en la base de esta paradoja, a saber, la *teoría del origen divino* y *sagrado del poder* y la *recepción limitada del contractualismo moderno*.

1. *Sobre el origen divino del poder*. Sin duda, el motivo último por el que Lardizábal niega a la teoría del contrato social la pretensión de fundar el derecho y la potestad política del castigo reside en una visión teológica del origen y valor sagrado del poder, de raíz judeocristiana, que resulta a su vez inseparable de una antropología pesimista, deudora del dogma bíblico del pecado

31 *Ibíd.*, p. 20. En el cap. 4, & II, a propósito de la discusión sobre la pena capital, Lardizábal hace suya también la teoría del pacto social como origen del poder estatal al afirmar que «la voluntad y consentimiento de los hombres reunidos en sociedad es la primera e inmediata causa de las soberanías» (*Ibíd.*, 84).

32 *Cf. Ibíd.*, cap. 3, p. 48.

33 *Ibíd.*, cap. 1, p. 20; *cf. cap. 4, & II, p. 84.*

original, que considera a los hombres incapaces de generar por sí mismos, conforme a su naturaleza, un orden social común estable y, sobre todo, una autoridad pública vertebradora y garante del mismo sin la ayuda providente de la trascendencia divina. En efecto, el *Discurso sobre las penas* sanciona la monarquía absoluta haciendo suya la idea teológico-política de que todo poder y autoridad mundana procede de Dios, quien comunica u otorga parte de su potestad infinita a los reyes y príncipes para que gobiernen a los hombres buscando la felicidad y seguridad que éstos, abandonados a su suerte, no lograrían. Apela al respecto al fragmento de la Séptima Partida, Tit. 25, Ley 6, en el que se dice que Dios confirió a los reyes y príncipes el Señorío de los pueblos, «porque la justicia fuese guardada por ellos»³⁴, así como a varios textos bíblicos, entre los que figura el célebre pasaje de la Carta a los Romanos, 13, de Pablo de Tarso, que atribuye el origen de toda potestad a Dios, e infiere de ahí que los poderes civiles son servidores de Él, de manera que desobedecerlos equivale a rebelarse contra el orden divino³⁵.

Estos argumentos de autoridad son presentados en apoyo de otro argumento, «dictado por la luz natural de la razón», en el que se pone de manifiesto que, para Lardizábal, la *legitimidad* del dominio político sólo puede emanar de la presencia de lo sagrado y trascendente en un mundo de criaturas igualmente imperfectas, pues únicamente el poder incomparable de Dios puede fundar ahí, en semejante ámbito mundano, esa desigualdad política radical entre el soberano y el súbdito sin la cual no habría obediencia a la autoridad ni ésta se constituiría como esa «superioridad legítima» que impide la precipitación de los hombres en el estado salvaje y la extinción de la sociedad. Dicho de otro modo: no parece que, para el jurista hispano, la probabilidad de obediencia de los ciudadanos en que –según Max Weber– descansa todo dominio político, pueda conseguirse mediante una constitución exclusivamente humana y racional de la autoridad, sin una transmisión divina y «graciosa» de poder que acredite la majestad sacra e irrevocable del soberano y asegure así el sometimiento del pueblo como un asunto de sumisión a la voluntad de Dios³⁶. De este modo, Lardizábal convierte, sin duda, a la religión cristiana en el soporte ideológico fundamental del Estado, ya que sin el «freno y saludable temor» de esta religión no quedaría más que la anarquía y «la ruina total» de la «república»³⁷; pero también hace de ella el vínculo esencial de la sociedad, la cual no podría supuestamente subsistir sin la misma³⁸.

34 *Ibíd.*, Introducción, p. 11.

35 *Cf. Ibíd.*, cap.1, pp. 21-22.

36 *Ibíd.*, p. 21; *cf.* pp. 22-23.

37 *Ibíd.*, p. 24.

38 *Ibíd.*, cap. 4, & I, p. 52. Lardizábal critica ahí expresamente a P. Bayle por haber sostenido que «el ateísmo no puede perjudicar a la sociedad, y que ésta puede subsistir aunque en ella no se profese religión alguna» (*Ibíd.*, pp. 52-53).

Es claro que mediante la legitimación de la soberanía estatal en términos de investidura divina del poder monárquico y con el paralelo sostenimiento ideológico-moral de la sociedad la religión cristiana garantiza lo que el hombre no consigue por la debilidad de sus propias fuerzas: orden social y autoridad pública. Pero ello significa que, en el pensamiento de Lardizábal, la religión juega el papel sociopolítico de contrapeso de una visión pesimista del ser humano, que ella misma suministra. El dogma teológico de la caída y corrupción de la naturaleza humana se hace visible en los términos ilustrados de insociabilidad natural, contrarrestada, no obstante, por designio divino con una tendencia natural a vivir en sociedad, no del todo suficiente como para capacitarla de cara a generar por sí sola una comunidad política, bajo un poder incuestionable. La Introducción del *Discurso* se abre precisamente con esa imagen negativa de los hombres como seres inclinados a la «libertad e independencia», guiados sólo por el «amor de sí» y presos de sus pasiones, sin ningún interés por lo comunitario; imagen pesimista que sirve de pórtico y justificación de la doctrina del origen divino del poder monárquico, ya que –según el texto– Dios habría compensado esa naturaleza insociable fundando las «potestades supremas», para garantizar la vida social y el goce de la «verdadera libertad», que el ser humano no alcanzaría por sí mismo, dada su incapacidad natural para crear una autoridad común, por más que disponga de prerrogativas sociables como el lenguaje y la razón³⁹, las cuales sólo le permiten –también le inclinan a ello– entrar en sociedad, pero no mantenerla y mantenerse en ella. Esta minusvalía de la naturaleza humana explica en buena medida por qué Lardizábal no puede confiar exclusivamente al contrato social la fundación del Estado y sus poderes. Mas no por ello deja de reconocerle cierto papel en la explicación de la vida política, como trataremos de mostrar a continuación.

2. *Sobre verdad y mentira del pacto social.* El *Discurso sobre las penas* contiene ciertamente una crítica de la doctrina del contrato social, pero no un rechazo por completo. Para perfilar la posición propia de Lardizábal hay que prestar especial atención al párrafo sobre la pena capital del capítulo cuarto y discernir en el texto los argumentos doctrinales de los que tienen un significado básicamente polémico. Allí parece claro, en primer lugar, que el jurista hispano asume la idea contractualista, si bien le reconoce un papel restringido. Para él el pacto social se limita a explicar la existencia política de los hombres y los fines comunes que la constituyen, pero no funda el poder supremo que la articula y garantiza. Se trata, por así decir, sólo de un *pactum unionis* por el que

39 *Ibíd.*, Introducción, 11; cap. 1, 21, 24. RIVACOBÁ, o.c., 69 ha querido ver en esta doctrina de la sociabilidad natural una deuda antropológica con el aristotelismo escolástico de Tomás de Aquino.

se establece la *societas civilis*; en ningún caso estamos además ante un contrato de constitución de la soberanía estatal o de fundación del *imperium*, que legitime de por sí la obediencia y sometimiento de los ciudadanos. Mas justo por ser el procedimiento de formación de la *res publica* o Estado condiciona el modo como el poder instituido ha de conservar la existencia de la comunidad y velar por su identidad política. En este aspecto, aunque no defina ni establezca el dominio estatal, afecta, sin embargo, al *ejercicio* de ese dominio, que no puede ser arbitrario y absoluto, porque está ligado por las «obligaciones que el contrato social impone» a la autoridad pública, la cual recibe de Dios su potestad suprema precisamente «para cumplir con los fines [...] que se propusieron los hombres en el establecimiento de la sociedad»⁴⁰. Lardizábal arremete en este sentido contra Maquiavelo y Hobbes, porque han confundido la soberanía absoluta con el ejercicio absoluto de la misma, al hacer «del príncipe un verdadero tirano, exonerándole de toda obligación para con los súbditos, y dándole, por consiguiente, facultad para disponer a su arbitrio de sus vidas, de su honra, de sus bienes y hasta de sus mismas conciencias»⁴¹.

De esa asunción restringida del contractualismo moderno a la sola doctrina del pacto de unión civil y a su función de criterio limitativo del ejercicio de la soberanía se desprende, en segundo lugar, el rechazo de Lardizábal a la pretensión contractualista de dar cuenta también del origen de la soberanía misma, partiendo de la sola voluntad de los hombres, sin el apoyo trascendente de la voluntad de Dios. De ahí su crítica feroz a Rousseau por haber fundamentado el poder estatal en el contrato social sin el recurso a la religión cristiana, a la que el ginebrino considera incluso perjudicial para la constitución política por su espíritu favorable a la tiranía y a la esclavitud del pueblo⁴².

Supuesta esa sanción y origen religiosos de la autoridad política, Lardizábal parece, no obstante, reconocer, en tercer lugar, un punto de verdad en aquellas doctrinas contractualistas –como la de Rousseau– que han planteado adecuadamente la cuestión de la fundamentación del poder estatal, a saber, como el problema de constituir una soberanía *absoluta* e indivisible y, en cuanto tal, sagrada, por la que se genera una desigualdad política radical entre las «supremas potestades» y todos los súbditos «que componen la república»⁴³, en contraste con aquellas otras que la han entendido erróneamente como la tarea de fundar un poder limitado o condicionado por el pueblo o por las libertades e intereses de los individuos, como si la soberanía política

40 *Ibíd.*, cap. 4, & II, p. 84.

41 *Ibíd.*, p. 85.

42 *Ibíd.*, cap. 1, p. 23. En esta misma línea se sitúa su crítica a Pierre Bayle por haber pretendido eliminar la religión cristiana de la fundamentación del Estado (cf. LARDIZÁBAL, o.c., cap. 3, pp. 52-53).

43 *Ibíd.*, cap. 4, & II, 84; cf. pp. 85-86.

podiera resultar de una transacción jurídico-privada. En esta dirección se sitúa su rechazo rotundo de la visión liberal-individualista del contrato social suministrada por Beccaria, a la que califica de «falsa» y «quimérica» precisamente por haber pretendido reducir el poder soberano y, en concreto, el derecho público a castigar a las «condiciones» limitativas puestas por los individuos en dicho pacto social, entre las cuales no figura –según el milanés– la cesión del derecho a la propia vida⁴⁴. En este contexto polémico, y en apoyo dialéctico de la idea de potestad absoluta del Estado, presenta como argumento *ad hominem* contra Beccaria la hipótesis de una explicación del poder estatal a partir de la única forma posible en la que el contractualismo podría tener sentido, a saber, aquélla que, lejos de entender –horizontalmente– la «unión de los hombres en sociedad» como mera suma de fuerzas particulares, la considera –verticalmente– como fundación originaria de un todo cualitativamente nuevo, como constitución en esa sociedad de «una soberanía y superioridad legítima sobre todos los que la componen, que no tenían ellos separadamente»⁴⁵. De algún modo, el interés de este argumento reside en mostrar que, para Lardizábal, el contractualismo sería válido como teoría del origen de la soberanía política únicamente si fuese capaz de dar cuenta realmente de esa «superioridad legítima», de esa distancia absoluta e insalvable del que manda con respecto al que ha de obedecer. Que esta condición es, sin embargo, puramente retórica, se comprende a partir del pesimismo antropológico de Lardizábal, para quien los hombres por sí mismos son incapaces de fundar y dar legitimidad a la majestad suprema de una autoridad pública.

2.2. La esfera de lo punible y la relevancia política de los delitos contra la religión

La fundamentación religiosa del poder estatal y del *ius puniendi* afecta obviamente a la delimitación de la esfera de lo punible que lleva a cabo Lardizábal en el capítulo cuarto de la obra, titulado «De la verdadera medida y cantidad de las penas y de los delitos». Allí el esfuerzo por definir y ponderar las conductas delictivas saca a relucir hasta qué punto el jurista hispano se mantiene esencialmente dentro de la cultura romano-canónica del *ius commune*, aderezada con algunos elementos de la segunda escolástica española, a pesar de incorporar ciertos aspectos doctrinales de signo ilustrado, como la determinación legal y estatal del delito o su identidad exclusivamente externa y sociopolítica. Ese anclaje tradicional se pone de manifiesto sobre todo en la identificación del espacio de impunidad frente al que se delimita la esfera de lo punible: no el ám-

44 *Ibid.*, pp. 83-84.

45 *Ibid.*, p. 86.

bito privado moderno de la libertad de conciencia y del uso de la razón, sino el territorio moral de la interioridad de las intenciones que preceden a los actos.

En su caracterización de la naturaleza y medida de los delitos Lardizábal viene a ofrecer, sin duda, una definición de lo punible y una delimitación clara entre delito y pecado que parece en consonancia con la cultura penalista de la Ilustración. Delito, en efecto, es toda acción externa que «perturba directa o indirectamente la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares» y se halla sujeta penalmente a «las leyes humanas establecidas por las Supremas Potestades»⁴⁶. Los caracteres de objetividad del daño causado a la sociedad, en su conjunto o en alguno de sus miembros, mediante una acción externa, de tipificación y penalidad legales de la conducta dañina y de identificación política de la misma como asunto exclusivo del Estado, contenidos en esta definición del *Discurso sobre las penas*, formaban parte esencial de la delimitación ilustrada de los actos delictivos. También parece situarse en esta línea la distinción subsiguiente de la esfera de lo punible con respecto a la esfera ético-religiosa del pecado, dado que ésta, si bien afecta a actos tanto «internos» como «externos», se caracteriza por estar sujeta a la ley y jurisdicción divina que rige sólo en las relaciones del hombre con Dios, con independencia de la sociedad, y se restringe a la interioridad de la conciencia⁴⁷. De hecho, todo el relato inicial de criterios excluidos como verdadera medida del delito (intenciones, dignidad de la persona ofendida, gravedad del pecado) sigue casi al pie de la letra el correspondiente capítulo séptimo del libro de Beccaria *De los delitos y las penas*. La crítica final del autor milanés revela, sin embargo, que el alegato previo de concesiones sirve más bien para subrayar la distancia que lo separa de él y, en general, de la Ilustración penalista coetánea, al menos en dos puntos fundamentales: el papel de la culpabilidad en la definición del delito y el significado de la distinción entre actos internos y externos.

1. *El principio de culpabilidad como subjetivación del delito*. Contra el criterio del daño social (al orden público o a los particulares) como única medida de lo punible (así Beccaria y Brissot de Warville), tal cual parecía seguirse de la previa caracterización del delito en contraste con el pecado, Lardizábal exige incluir en la ponderación y determinación de los actos delictivos todo un elenco de circunstancias (deliberación y conocimiento del delincuente, impulsos, tiempo, lugar, reincidencia, edad y sexo, modo e instrumentos del delito, personalidad del delincuente y del ofendido...), usualmente reconocidas en la tradición romano-canónica del *ius commune*⁴⁸, con las que se pretendía determinar la

46 *Ibíd.*, cap. 4, p. 51.

47 *Cf. Ibíd.*, pp. 51-52.

48 Sobre el principio de culpabilidad como elemento esencial del delito y las circunstancias para determinarla en la tradición romano-canónica del Bajo Medievo y de la época moderna, puede verse, de manera sintética, A. MASFERRER DOMINGO, o.c., pp. 118 ss.

culpabilidad del presunto autor de los hechos y salvaguardar con ello la moralidad del obrar humano, la cual quedaría en entredicho –según el jurista hispano– «si la única medida del delito hubiera de ser el daño hecho a la sociedad», prescindiendo de la imputabilidad del acto mismo⁴⁹. Sin llegar ciertamente a la posición extrema de la tradición escolástico-tomista y su variante española del siglo XVI (Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias, Francisco Suárez, etc.), que hacía de la voluntariedad culpable del individuo el criterio fundamental de lo punible⁵⁰, Lardizábal, en consonancia con la cultura penalista del derecho común, considera, no obstante, la culpabilidad como «un carácter esencial del delito», no simplemente, a la manera del pensar ilustrado en general, «como un presupuesto de la aplicación de la sanción represiva»⁵¹. Por eso ya en el capítulo primero, al excluir del ámbito de lo punible junto a las «acciones externas» que «son verdaderamente indiferentes» (para el bien público o particular), también las que se ejecutan «sin deliberación» ni conocimiento alguno, aduce el argumento de que sólo es delictivo el daño que se hace «voluntariamente y con malicia o por culpa, porque faltando estos requisitos no hay moralidad en las acciones humanas, y, por consiguiente, tampoco hay imputabilidad»⁵². Esta subjetivación de la antijuridicidad del delito, que en el marco de la tradición romano-canónica y, particularmente, de la cultura escolástica española tenía siempre un sentido ético-religioso, permitía a Lardizábal seguir vinculando el ordenamiento penal a determinados fines morales (corrección o enmienda del delincuente, arrepentimiento, etc.)⁵³, por más que hubiera abandonado ya la

49 Cf. LARDIZÁBAL, o.c., cap. 4, pp. 53-54.

50 Cf. MASFERRER DOMINGO, o.c., pp. 122-124; J. SAINZ GUERRA, o.c., pp. 47-54.

51 F. BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, o.c., p. 95. Sobre el papel relevante de la culpabilidad en la noción de delito de Lardizábal y su indistinción de la imputabilidad, que es entendida no tanto en términos psicológicos (como en el siglo XIX) cuanto más bien en sentido moral, a saber, como reprochabilidad, remito a este estudio de Francisco Blasco, pp. 93-100. Cf. también M. RIVACOBA, o.c., pp. 74-78. Para convencerse de la amplia implantación del tópico de la culpabilidad como ingrediente esencial del delito en la cultura penalista española de finales del siglo XVIII basta con mirar la definición de V. VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal*, Madrid 1797, lib. IV, n° 1; o incluso aún la de J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Don Benito García, Madrid, 1804, I, cap. 1, & 1.

52 LARDIZÁBAL, o.c., cap. 1, p. 19; cf. cap. 4, p. 53.

53 Lardizábal incluye entre los fines particulares de la pena la corrección o enmienda de los delincuentes, para lo cual propone enviarlos a «casas de corrección» en vez de condenarlos a «presidios y arsenales» (cf. *Ibid.*, cap. 3, pp. 46-47; cap. 5, & 3, pp. 95 ss.). Sobre el sentido correccionalista de las penas y su deuda con el pensamiento estoico y cristiano v. F. BLASCO, o.c., pp. 52, 65-66; M. RIVACOBA, o.c., pp. 83-84; y J. SAINZ GUERRA, o.c., p. 56. En esta misma línea justifica, comentando la Ley 2, tit. 31 de la Séptima Partida, que no se castigue con la misma pena el conato de delito que el delito consumado apelando a la posibilidad del arrepentimiento; por el mismo motivo considera, en cambio, que merece igual pena el delito frustrado que el exitoso, ya que ambos tienen en común, al margen del diferente daño social que causen, la imposibilidad de facilitar el arrepentimiento mediante una diferencia punitiva (cf. *Ibid.*, cap. 4, pp. 62-64). Con más claridad quizás salen a relucir

concepción teológica del castigo como expiación, y le apartaba por ello de la tendencia predominante de los ilustrados al objetivismo empírico en la definición de la naturaleza antijurídica de lo punible, con la que se aspiraba precisamente a erradicar la incertidumbre y arbitrariedad despótica que llevaba consigo la tradicional impronta moral de la legislación y práctica criminales.

2. *El «iter criminis» y la distinción actos internos / actos externos.* La incorporación del elemento subjetivo de la culpabilidad, junto con el objetivo del daño social, a la identificación de un hecho como delito no parece representar obstáculo alguno, sin embargo, para cerrar a la esfera de lo punible precisamente el espacio de la interioridad de la conciencia, en el que se basa la imputabilidad de un acto delictivo, con el doble argumento de que las intenciones y pensamientos humanos son inescrutables o difícilmente reconocibles mediante acciones exteriores, a la vez que en sí mismas inocuos para el bien público o de los particulares. Los componentes meramente subjetivos, constituyentes también de la determinación de lo punible, no son, pues, ellos mismos punibles. Lardizábal introduce aquí la distinción entre actos internos y actos externos para fundamentar la impunidad de los elementos «ocultos» de la conciencia del sujeto, tanto cognitivos (juicio, conocimiento, pensamientos, ideas, deliberaciones...) como volitivos (intenciones, deseos, sentimientos, decisiones...), en los que descansa la responsabilidad delictiva, y separarlos del espacio propiamente jurídico-penal constituido por la exterioridad práctica y objetiva del daño social.

«Los actos puramente internos –escribe al respecto–, como los pensamientos y deseos de cometer algún delito, sea el que fuere, aunque se tenga noticia de dichos actos, en ninguna manera deben castigarse, porque no resulta daño ninguno a la sociedad. [...] Pero si a estos actos se juntaren algunas acciones exteriores o palabras dirigidas a poner en ejecución los pensamientos o deseos, entonces, según sea mayor o menor el progreso que se hiciera en la ejecución, y el daño que resultare, así se deberá agravar más o menos la pena⁵⁴».

La distinción entre actos internos y externos sobre la que se alza la delimitación de la esfera de lo punible así como la correspondiente diferenciación entre

los fines morales del sistema penal en el tratamiento tan distinto que Lardizábal hace de la acción punible en dos casos clásicos de enajenación mental: el del loco, al que tiene siempre por inimputable, «aunque cuando cometiera el delito estuviese en su entero juicio», porque su enfermedad psíquica le hace «incapaz de corrección»; y el del alcohólico habitual que delinque, al cual considera siempre responsable y a su alcoholismo, motivo de agravamiento penal o incluso de doble castigo, tanto por el delito cometido como por la embriaguez crónica, ya que ve en ésta una enfermedad física o mental incapacitante sino un hábito contraído voluntariamente (Ibíd., pp. 59-60).

54 Ibíd., cap. 4, p. 61; cf. pp. 50-51; cap. 1, p. 19.

pecado y delito, no permite hablar, en Lardizábal, de una clara «secularización del derecho», que separe del todo el ordenamiento penal de un orden determinado de valores ético-religiosos, y menos de una prefiguración liberal moderna del derecho criminal, que lo limite y detenga «ante el sagrado fuero de la conciencia» individual y de la «libertad de pensamiento»⁵⁵. Esta interpretación sería admisible si aquella distinción hubiera traído consigo una exigencia de despenalización de todos los tradicionales «delitos de conciencia» (herejía, brujería, magia, creencias e ideas heterodoxas...) y una proclama subsiguiente de tolerancia religiosa y de libertad de opinión, que en modo alguno aparecen en el *Discurso sobre las penas*. El motivo de fondo reside en que cuando el jurista hispano discierne entre acciones internas y acciones externas, no tiene en mente —a diferencia de los ilustrados penalistas como Voltaire o Beccaria— la separación moderna pre-liberal de esferas sociales entre ámbito privado de la libertad de conciencia, política y jurídicamente intangible, y ámbito público de la acción y dominio estatal, sujeto a la legislación y punición del soberano, sino el marco teórico del *iter criminis* elaborado por la tradición tardomedieval y moderna del *ius commune*, desde la *Glossa* italiana y las Partidas castellanas de Alfonso X hasta las reformulaciones renacentistas y posthumanistas de Deciano o Hugo Grocio⁵⁶. En esta tradición se había iniciado una reflexión sobre el proceso evolutivo de generación del crimen que había llevado a establecer fases o grados de imputabilidad y a distinguir, en concreto, entre elementos internos y externos de la conducta delictiva, o entre «actos preparatorios» y «actos ejecutivos» (Grocio), así como a sostener además la no punibilidad de los meros pensamientos y deseos perversos o criminales. Los ejemplos y el lenguaje empleados en el texto mencionado de Lardizábal para aclarar qué entiende por actos internos y dónde comienza la frontera de la punición («pensamiento impuro», «deseo de delinquir»..., frente a «poner en ejecución los pensamientos o deseos» mediante «acciones exteriores o palabras», etc.), acreditan por sí solos su inserción intelectual dentro de esa cultura jurídica del *ius commune* tanto como la adicional cita normativa y de autoridad que ahí se hace de la Séptima Partida, Título 2, Ley 5, en la cual se justifica la impunidad de los malos sentimientos y deseos del corazón del hombre arguyendo que no suelen estar en nuestro poder⁵⁷.

55 Contra la interpretación al respecto de M. RIVACOPA, o.c., pp. 74-75.

56 F. BLASCO (o.c., pp. 98-99, 123) ha situado correctamente, en mi opinión, la distinción de Lardizábal entre actos internos y externos, así como la correspondiente entre pecado y delito en el marco jurídico-común de la doctrina del *iter criminis*. Acerca de esta doctrina y su elaboración tardomedieval y renacentista v. A. MASFERRER DOMINGO, o.c., pp. 150-153.

57 V. también Séptima Partida, Tit. 31, ley 8, donde se repite el argumento ético-cognitivo de la incontrolabilidad racional de los procesos meramente internos de la conciencia para justificar su exoneración penal, siguiendo literalmente la explicación al respecto de la *Glossa* italiana: «nam primi motus non sunt in potestate nostra»; por eso «sola cogitatio furti faciendi non facit furtem» (cf. A. MASFERRER, o.c., p. 151).

Por ello, si a pesar de esto, se ha querido ver en la diferenciación interioridad / exterioridad de los actos humanos una variante del dualismo moderno privado / público de esferas de acción social que garantizaría la impunidad de la libertad de fe y de pensar, sólo ha podido deberse a la ambigüedad con la que el propio Lardizábal justifica la exclusión de los actos puramente internos de la esfera de lo punible, al aducir un argumento propiamente jurídico-secular, el de la falta de lesión objetiva de bienes jurídicos, desarrollado sobre todo en el marco iusnaturalista e ilustrado de la lucha contra el abuso cruel de los «delitos de conciencia» por la teoría penalista del daño social, para defender, sin embargo, el esquema tradicional romano-canónico del *iter criminis* con sus diversas fases de imputabilidad. Con todo, el solapamiento de ese nuevo motivo estrictamente jurídico con el viejo argumento ético-cognitivo de la inescrutabilidad e incontrolabilidad racional de los procesos psíquicos de la conciencia, procedente de aquel contexto cultural heredado y de su concepción subjetiva del delito conforme al principio de culpabilidad, tal como se pone de manifiesto en la referencia al fragmento de las Partidas, tendría que haber disuadido de cualquier interpretación liberal y haber incitado a pensar, por el contrario, en la operación intelectual que Lardizábal estaba llevando a cabo al respaldar la antigua doctrina de la responsabilidad penal del sujeto articulada sobre la secuencia de la relación/distinción entre interioridad y exterioridad de los actos con el reciente concepto penalista del daño social: salvaguardar el ordenamiento criminal del *ancien régime* con argumentos ilustrados, por más que aquél resultase a su vez ligeramente transformado mediante este cambio de sentido.

3. *La religión como objeto punible.* Que estamos ante una operación cultural de esta índole, lo muestra el hecho decisivo de que el *Discurso sobre las penas* no sólo siga considerando delictivas (no meramente inmorales o pecaminosas) acciones y creencias discrepantes o irreverentes con la fe y el culto católicos, sino que además la justificación que ofrece del carácter punible de algunas de ellas, no remita tanto a la pérdida o perversión de determinados valores espirituales y a su ejemplaridad negativa (impiedad, sacrilegio, condena del alma, escándalo público, etc.), cuanto más bien al daño social que causa directamente a la comunidad política misma el ataque o simple cuestionamiento de la religión cristiana. Lardizábal, en efecto, incluye la religión (y por ello entiende exclusivamente el credo cristiano-católico) en la esfera de lo punible en un doble sentido: por un lado, como criterio de medida y ponderación de conductas de por sí criminales, al hacer, por ejemplo, de los lugares, días y objetos sagrados una circunstancia agravante del delito cometido (vgr., un robo sacrílego)⁵⁸; y, por otro lado, como materia en sí delictiva, no sólo

58 V. LARDIZÁBAL, o.c., cap. 4, pp. 70-71. Aquí, apelando de nuevo a la autoridad normativa de Las Partidas (en concreto, Partida VII, Tit. 31, Ley 8), arremete contra Brissot de Warville por

al contemplar, siguiendo la clasificación de Montesquieu, los así llamados «delitos contra la religión» como una clase específica de delitos, sino también al considerar que algunos de éstos forman parte, en realidad, de la «tercera o cuarta clase», a saber, de los «delitos contra la tranquilidad y contra la seguridad pública o privada». Dentro de los primeros se incluyen las acciones o manifestaciones externas que atentan «puramente contra la religión y el respeto debido a ella, como juramentos y blasfemias» (en general, los «sacrilegios simples»), y que, en cuanto manifiestamente lesivas sólo de la fe e institución religiosa, deben castigarse sólo «con la privación de las ventajas y beneficios que ofrece la religión misma» (excomunión, expulsión de los templos o de la iglesia, etc.). Pertenecen, en cambio, a los delitos contra la seguridad y el orden público (o privado) aquellas acciones externas que, «según las circunstancias», «turban el uso o ejercicio» de la religión en general, que es «el vínculo más fuerte y el más firme apoyo de la sociedad» (o simplemente perjudican a un tercero —en este caso, sería sólo delito contra un particular)⁵⁹.

Estos matices distintivos son sumamente relevantes, porque en vez de desplazar el juicio sobre las transgresiones propiamente religiosas hacia la sola esfera de la justicia divina, permiten dotar a éstas potencialmente de una dimensión política, que puede hacerse efectiva siempre que, coyunturalmente, se las considere de cierta repercusión social. Así, por ejemplo, una blasfemia en una plaza pública bien concurrida o una representación satírica del clero en un escenario teatral pueden merecer, en función de las circunstancias, algo más que la excomunión; pueden estimarse como crímenes contra la seguridad del Estado o contra la tranquilidad de las buenas costumbres en las que se asienta la sociedad. De hecho, Lardizábal llega a convertir, en esta línea, la mera diferencia de fe religiosa, la herejía, en un delito contra la comunidad política misma, equiparable al crimen de lesa majestad o a la sedición⁶⁰, en vez de incluirlo a lo sumo entre los meros «delitos de religión». Lejos,

haber negado valor punitivo a las «circunstancias» religiosas de comisión de un delito, arguyendo que incluso en el caso de que quien roba en un templo no se proponga profanarlo, él «sabe, o debe saber, que no se puede robar en lugar sagrado, sin profanarle, y esta profanación agrava el delito».

59 *Ibíd.*, cap. 2, pp. 25-26, y cap. 4, p. 52 respectivamente. Como ejemplo de delito de naturaleza religiosa contra un particular menciona Lardizábal el de un juramento que llevase consigo una lesión de los bienes o derechos de un individuo, en cuyo caso habría, pues, que considerarlo delito de la «tercera o cuarta clase» (v. p. 26). En estas distinciones Lardizábal sigue literalmente el texto de *De l'esprit des lois* de Montesquieu (Libro XII, cap. 4).

60 *Ibíd.*, cap. 4, p. 55. Aquí se contempla la herejía dentro del grupo de los crímenes más graves, esto es, los crímenes de Estado, los que «se dirigen a perturbar o a destruir la sociedad». En este punto parece que Lardizábal se distancia ya de Montesquieu, quien, sin negar el carácter punible de la herejía, exigía prudencia y moderación tanto para identificarla como para castigarla, ya que «es susceptible de una infinidad de distinciones, interpretaciones y limitaciones» (CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE Y DE MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Orbis, Barcelona, 1984, vol. I, Lib. XII, cap. 4, p. 172).

pues, de despenalizar la esfera privada de la libertad de conciencia, el jurista hispano no sólo relativiza o diluye las fronteras entre religión y Estado al situar dentro de la esfera de lo punible los asuntos religiosos⁶¹, incluidos los contenidos de conciencia que se apartan de la ortodoxia cristiana, sino que además hace de la religión (católica) la base moral sustantiva del orden político, al tipificar los delitos contra la religión dentro de la categoría de los delitos más graves: los que destruyen o perturban a la sociedad misma, y transformar de este modo la cuestión religiosa en cuestión de Estado. La razón última de este planteamiento es la misma que está en la base de la fundamentación divina del *ius puniendi*: la religión cristiana es, para Lardizábal, el pilar básico de la sociedad y de la autoridad pública. Desde este horizonte ideológico-cultural se comprende entonces que el Plan de Código Criminal de 1787 situase a la cabeza de la tipología delictiva a los «delitos contra la religión», por delante de los «delitos contra el Estado», «contra el orden público» y contra la «tranquilidad y seguridad públicas»; y que además incluyese dentro de la esfera de lo punible tanto la herejía o la blasfemia, como la brujería, la hechicería o la adivinación (éstas, en concreto, entre los delitos contra el orden público)⁶², prácticas todas ellas para las que los ilustrados reclamaron la despenalización por considerarlas delitos «imaginararios» o fruto de la ignorancia y la superstición.

3. *¿Desigualdad ante la ley? La ambivalencia penal de la sociedad estamental*

En su empeño teórico por defender una legislación criminal ajustada al espíritu de la nación española tradicional, Lardizábal no sólo otorga relevancia penal a la religión católica sino también a la sociedad estamental. Su posición, sin embargo, no es del todo clara en este punto, ya que en el texto correspondiente del capítulo cuarto del *Discurso*, al tratar de la «calidad y diversidad de las personas» sociales como circunstancia agravante o atenuante de las penas, parece sostener dos doctrinas incompatibles o al menos radicalmente distintas entre sí: eleva primero la diversidad de clases, estamentos y oficios en la sociedad a criterio cualitativo de *diferenciación* penal ante la ley, para añadir a continuación, desmintiendo lo dicho, que el estatus social de las personas constituye sólo un criterio cuantitativo de *gradación* de las penas, mas no de desigualdad legal ante ellas. Veamos el modo como presenta y justifica ambas posiciones.

61 Esa relativización de las fronteras derivada de la punibilidad de todos los asuntos religiosos que tengan una mínima visibilidad externa, explica que Lardizábal contemple la posibilidad de complementar las «penas religiosas» con «penas civiles» cuando aquéllas sean insuficientes o ineficaces para «contener a los sacrílegos», esto es, a los que cometen meros «delitos contra la religión» (LARDIZÁBAL, o.c., cap. 2, p. 27).

62 Cf. CASABÓ, o.c., pp. 332-335.

En polémica con el penalista francés de orientación girondina Brissot de Warville, defensor de la igualdad ante la ley penal sobre la base del contrato social, Lardizábal comienza abogando por una «diversidad» tipológica de las penas en función de la «clase, el estado» o «el empleo» del delincuente. «Un noble, por ejemplo, no debe ser castigado» –afirma– «con el mismo género de pena que un plebeyo, un esclavo que un hombre libre, etc.»⁶³. Para apoyar su posición aduce dos argumentos de razón y uno de autoridad.

En primer lugar, en respuesta al razonamiento de Brissot de Warville contra la distinción de penas y delincuentes basándose en la igualdad de todo delito como atentado contra la comunidad política o sus ciudadanos, desvirtúa el principio de la igualdad penal ante la ley ofreciendo una interpretación del mismo típica del pensamiento absolutista de la época. Según Lardizábal, el principio de igualdad legal, aplicado al derecho penal, significa sólo

«que la distinción de personas no debe ser un título para la impunidad: que todo delito debe castigarse, hágale quien sea; pero no que no debe hacerse distinción en las penas, pues la misma naturaleza de éstas y sus fines piden que se haga distinción⁶⁴».

La clave del argumento consiste en poner de manifiesto que la igualdad penal se reduce al igual sometimiento de todos, como súbditos, a la legalidad sancionadora del soberano en general, sin que ello implique necesariamente, en cada caso o persona social, un sometimiento igual a las *mismas* penas legales y de la *misma* manera por los *mismos* delitos. Igualdad indica, pues, tan sólo *no impunidad* de cualquier miembro del Estado, pero *no identidad* en el tipo *de castigo* por idéntica clase de actos punibles, sin atender a la desigualdad de posición o estamento de cada cual en la estructura jurídica materialmente diferenciada de la sociedad.

Mas, en segundo lugar, Lardizábal justifica esta diversidad en el género de las penas según la distinción de personas sociales recurriendo al principio de *proporcionalidad* penal, que en este punto supuestamente exigiría tan sólo el castigo necesario y útil para lograr el *fin* de la prevención y contención

63 LARDIZÁBAL, o.c., cap. 4, p. 72. Es sorprendente que en la literatura sobre Lardizábal no se haya tratado a fondo este tema. F. Blasco ni lo menciona, y tanto M. RIVACOBA, o.c., pp. 79-80, como J. ANTÓN ONECA, o.c., p. 622, y L. PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal...*, p. 94 se limitan a consignar, sin más análisis, la defensa por parte de Lardizábal del viejo principio de desigualdad penal.

64 LARDIZÁBAL, o.c., p. 72. Sobre la (pseudo-)interpretación absolutista del principio de igualdad ante la ley a finales del siglo XVIII puede verse, para el caso alemán, M. HERNÁNDEZ MARCOS, «Gentz, divergencia e insuficiencia del criticismo político de Kant», *Res publica* 6 (2000), pp. 241-244.

del delito en cada caso, el cual podría alcanzarse por igual con sanciones diferentes en un noble (por ejemplo, el destierro o el desprecio del rey) y en un plebeyo (vgr., la pena corporal)⁶⁵. Obviamente, la proporción no concierne aquí a la adecuada geometría jurídica entre penas y delitos en función de su respectiva intensidad y naturaleza –tal como se desprendía, por ejemplo, del planteamiento de Beccaria–, sino al equilibrio fáctico cero en los efectos teleológico-preventivos resultantes de la relación concreta entre castigos y situaciones diversas de las personas sociales –en coherencia con el racionalidad empírica de la adecuación material de las leyes al espíritu y realidad histórica del pueblo español. Sólo que de este modo, apelando al tópico de la proporcionalidad y de la utilidad preventiva de la pena, Lardizábal –al igual que en el caso precedente de la defensa de la religión por medio de la teoría del daño social– vuelve a servirse de argumentos ilustrados para refrendar (y reorientar) estructuras institucionales indispensables del ordenamiento del *ancien régime*: ahora, la diversidad estamental de la sociedad a través de la desigualdad penal ante la ley.

En apoyo de esta idea recurre finalmente a argumentos de autoridad y, por cierto, de autoridad estrictamente jurídico-normativa. Trae a colación, por un lado, un fragmento de la Séptima Partida, Título 31, Ley 8, en el que se hace depender la índole del «escarmiento» perseguido por la sanción penal de la clase de persona social o natural, a la vez que recuerda, por otro lado, la reciente Cédula Real del 2 de agosto de 1781, dictada por Carlos III, por la que se castigaba a los nobles vagos y ociosos imponiéndoles el «servicio de las armas en calidad de soldados distinguidos», atendiendo a su rango y distinción⁶⁶.

Sin embargo, Lardizábal revisa su posición precedente de inmediato al percatarse de la incoherencia de su argumentación: la desigualdad penal no puede sostenerse sin romper con el principio ilustrado de la proporcionalidad entre castigos y delitos, y, de hecho, su reformulación *ad hoc* del mismo desde la perspectiva de la relación adecuada entre sanciones y personas (no entre penas y actos delictivos), además de desvirtuarlo e invalidarlo por completo, tiene la grave consecuencia, teórica y práctica, de alterar los criterios de lo punible en función de las diferencias estamentales de los delinquentes. Pero el jurista hispano no quería esto, es decir, en modo alguno pretendía «inferir que la diversidad de las personas haya de hacer variar la naturaleza del delito, y por consiguiente la de la pena»⁶⁷, pues ello contradecía precisamente el planteamiento del *Discurso* y, particularmente, el del capítulo cuarto, articulado

65 LARDIZÁBAL, o.c., p. 72.

66 *Ibíd.*, p. 73.

67 *Ibíd.*, p. 73.

sobre el principio ilustrado de la relación proporcional entre penas y delitos. De ahí que, retomando el punto de vista de la ponderación cuantitativa de los castigos según las diversas circunstancias agravantes o atenuantes de las conductas punibles que hilvana ese capítulo, Lardizábal abandone su idea anterior de convertir la diversidad de personas sociales en criterio de diferenciación cualitativa de las penas, y la reduzca a la de un simple factor de *gradación* de las mismas, por el cual el rango, el estamento y la distinción sociales constituyen de por sí un motivo de agravamiento de la sanción debido al mayor grado de responsabilidad colectiva y a las condiciones más favorables para obrar el bien que siempre llevan consigo.

«La clase, el estado, el empleo –se lee al respecto en el *Discurso*–, hay casos también en que deben influir para que el delincuente sea castigado con más severidad, porque tiene más motivos y obligaciones para obrar bien y más facilidad y proporción para hacer mal, y esto agrava más el delito. Un juez, por ejemplo, que abusando de su oficio y de la pública autoridad y potestad, que está depositada en él, comete alguna acción mala, debe ser castigado con más severidad que un particular⁶⁸».

La invocación de nuevo de la autoridad de la Séptima Partida, tanto para confirmar y ampliar los ejemplos (Título 9, Ley 16; y Tít. 28, Ley 2) como para dar razón de ellos (Título 10, Ley 4), parece indicar que para Lardizábal no sólo caen bajo la «calidad y diversidad» personal de los delincuentes, en consonancia con el concepto estamental amplio de «persona» (o *status personae*), indiferenciadamente el cargo público y el estatus social, la condición jurídico-política de representante del soberano y la distinción jurídico-privada de posición socioeconómica u honorífica, el oficio de juez en calidad de «voz del Rey» y la situación privilegiada del señor por «linaje y más noble sangre»⁶⁹; sino que además el motivo por el cual el delito de una persona distinguida, sea por función pública o por posición estamental, tanto como el cometido contra ella, merece un castigo más duro, tiene que ver menos con la magnitud superior del daño social ocasionado –así argüía Beccaria⁷⁰–, que con el mayor débito colectivo en el balance proporcional de cuentas derivado de la desigual distribución de deberes y derechos, de tareas y poderes en la sociedad civil por parte de la autoridad suprema al realizar su idea de bien común, en consonancia con el modo de argumentación

68 *Ibíd.*, p. 74.

69 *Ibíd.*, p. 74.

70 Cf. C. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Alianza, Madrid, 1988, cap. 21, p. 64.

característico de algunos círculos intelectuales del absolutismo monárquico que tendía a integrar así las viejas diferencias estamentales de las personas dentro de la voluntad unitaria de la persona del Estado⁷¹.

A falta de una postura definitiva y sin titubeos en este tema, parece claro, no obstante, que la ambigüedad de Lardizábal en el tratamiento de la relevancia penal de las diferencias estamentales deja traslucir de modo paradigmático, como evidencia de su propia conciencia reflexiva, las contradicciones o, al menos, los problemáticos equilibrios conceptuales a los que se vio expuesta una teoría penalista que aspiraba a proyectar algunas luces de la razón sobre el ordenamiento criminal heredado sin disipar, con todo, el amplio fondo de sombras dibujado por la imagen tradicional del Estado y de la sociedad sobre las que aquél se asentaba.

Recibido: 2 febrero 2009

Aceptado: 28 julio 2009

71 Así, por ejemplo, en los círculos intelectuales de la Prusia federiciana, como lo muestra el ensayo de E. F. KLEIN, «Ueber die Natur der bürgerlichen Gesellschaft» (1790), en *Kurze Aufsätze über verschiedene Gegenstände*, Halle, 1791, pp. 55-80, espec. 73 y ss. Cf. D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, G. Giappichelli, Torino, 2000, pp. 230-240.