



MISCELÁNEAS
 Nº 7 – 2010
 ISSN 1851-3522
 Buenos Aires, Argentina
www.salvador.edu.ar/juri/publicaciones.htm



**CRÍTICAS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN EL
 PENSAMIENTO PENAL DEL SIGLO XVIII**
 [CRITICISMS, SIMILARITIES AND DIFFERENCES IN THE EIGHTEENTH CENTURY
 PENAL THOUGHT]

NATALIA STRINGINI

1. Introducción

En la historia del derecho penal, el ejercicio del poder punitivo, tal cual nosotros lo conocemos, tiene unos ochocientos años de antigüedad. Sin embargo, su consolidación se produjo en el siglo XVIII cuando el Estado pudo concentrar el monopolio del ejercicio de dicho poder.

En este proceso de consolidación del poder punitivo estatal, el movimiento iluminista tuvo una importancia relevante pues delineó las características y los límites que debía tener, poniendo fin al llamado derecho penal del antiguo régimen.

Mientras que el “derecho penal del antiguo régimen”, es decir aquel nacido en Europa a partir del siglo XIII, tenía fundamento, entre otras cosas, en la teología, en la vinculación de las nociones de delito y pecado, en la vigencia del procedimiento inquisitivo y en el fundamento divino del poder represor del monarca, por el contrario, el derecho penal ideado en el siglo XVIII se caracterizó por su origen racional, su vinculación con el contractualismo, la vigencia del principio de legalidad y el fin del binomio delito-pecado.

En este movimiento participaron hombres como Cesare de Beccaria, Manuel de Lardizábal y Uribe, el Barón de Montesquieu, Gaetano Filangieri, Pietro Verri, entre otros, que expresaron de forma casi unánime una actitud crítica hacia el orden jurídico vigente.

Sin embargo, ello no significó una unificación total de criterios y opiniones. Por el contrario, algunos propusieron reformas más radicales y otros mantuvieron una postura conservadora a favor de los intereses monárquicos. Tal fue el caso de autores como Cesare de Beccaria, en Italia, y Manuel de Lardizábal y Uribe, en España.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el presente trabajo se propone hacer una comparación de las críticas que estos dos autores hicieron al derecho penal de su época tomando los postulados propuestos en sus obras “De los delitos y de las penas” y “Discurso sobre las penas”.

2. *El siglo XVIII como Siglo de las Luces*

Se denomina iluminismo al movimiento cultural, político, jurídico que se desarrolló en Europa durante el siglo XVIII. Tuvo su filiación doctrinal en el renacimiento y en el humanismo, movimientos europeos de los siglos XV, XVI y XVII y en las corrientes racionalistas y empiristas del siglo XVII.

El iluminismo fue llevado a cabo, principalmente, por la burguesía que se encontraba en franca oposición a los sectores dominantes tradicionales y buscaba cambiar los principios rectores del antiguo régimen, entre ellos, limitar el poder del monarca y consolidar el modo de producción capitalista.

Supuso la lucha contra la superstición y fundamento del saber en la revelación para promover un conocimiento científico basado en la razón. La razón se convirtió en el punto central del pensamiento humano, en todo lo que el hombre del siglo XVIII anhelaba y fue entendida como la única forma de liberar a los hombres de los prejuicios.

Otro de los presupuestos iluministas fue la crítica al dogma cristiano. La religión fue concebida como el enemigo del saber que destruía el conocimiento y fue cuestionada porque el pensamiento tradicional le reconocía el carácter de fundamento de aquellas verdades teóricas que ordenaban la cosmovisión medieval. En contraposición al antiguo régimen, los filósofos iluministas criticaron el fanatismo religioso y alentaron la tolerancia religiosa¹.

En el plano político, significó la puesta en marcha de la ideología liberal que se manifestó en el reconocimiento de los derechos de los hombres y en la creación de un estado de derecho que, a partir del siglo siguiente, se organizaría a través de formas republicanas de gobierno.

Los cambios económicos fueron propuestos por hombres como Adam Smith (1723-1790), autor del “Ensayo sobre las riquezas de las naciones” publicado en 1776. La obra postulaba la mínima intervención estatal en las cuestiones económicas y el reconocimiento del derecho de propiedad, todo lo cual conduciría a una sociedad más armónica e igualitaria.

En el ámbito jurídico, el iluminismo se adhirió a la doctrina racionalista que propiciaba, entre otras cosas, la construcción de un sistema jurídico nacido exclusivamente de la razón y la identificación del derecho natural con el derecho racional además de proponer un nuevo derecho en el que lo racional coincidiera con el elemento romano.² Además se

¹ Voltaire, en su Diccionario Filosófico, expuso que “El fanatismo es a la superstición lo que el delirio es a la fiebre, lo que la rabia es a la cólera. El que tiene éxtasis, visiones, el que toma los sueños por realidades y sus imaginaciones por profecías, es un fanático novicio de grandes esperanzas; podrá pronto llegar a matar por el amor de Dios”. PIETRO SANCHIS, Luis, *El derecho penal de la ilustración*, Lima, Palestra 2007, p. 176.

² Entre los autores más representativos de esta escuela racionalista encontramos a Samuel Pufendorf (1632-1694), Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), Christian Wolff (1679-1754). En cuanto a la relación entre las ciencias matemáticas y el derecho, ya Grocio, en el siglo XVII, sostuvo que “Así como los matemáticos consideraban las figuras con abstracción de los cuerpos, así yo, al tratar del derecho, prescindí de todo hecho

postuló la matematización del derecho que instaba a que los postulados jurídicos fueren expuestos de forma clara y precisa como los matemáticos.

Específicamente, la crítica ilustrada fue dirigida al *ius commune*. Sus características, como el casuismo, la gran cantidad de normas jurídicas que hacían imposible un conocimiento claro de ellas, la fundamentación teológica de instituciones jurídicas, la falta de orden en la exposición del derecho, resultaron incongruentes con el pensamiento moderno que proponía la construcción de un ordenamiento jurídico racional, ordenado sistemáticamente y unificado en cuerpos legales llamados códigos. Una idea clara de la consideración que los hombres del siglo XVIII tenían sobre el derecho del antiguo régimen nos la dio Melchor de Macanaz, quien, en una nota elevada a Felipe V en 1722, dijo que por cada ley “*hay veinte autores, interpretándolas cada uno de diferente manera; cuya contradicción, que arrojan, vicia los trámites de la justicia; pues ofuscando los entendimientos de los jueces, tal vez entre la infinidad de dictámenes que encuentran eligen el menos adaptable a la razón: y de este modo se impone una sentencia inarreglada a los merecimientos de una justicia conocida*”.³

Para poner en práctica las nuevas ideas se debían vencer algunos obstáculos: en primer lugar el derecho debía lograr su independencia frente al dogma cristiano, también debía establecerse claramente la esfera jurídica privada para protegerla frente a la estatal (poder del soberano) y debía lograrse que el derecho sea expuesto con un nuevo método.

Puede decirse que la búsqueda de los hombres ilustrados no fue otra cosa que la secularización del derecho y de las instituciones políticas, no solo en el sentido de su emancipación respecto de la teología, sino en el de concebirlas como artificios humanos. Esta filosofía se proyectó, en el ámbito público, a través del fenómeno del constitucionalismo y demás declaraciones de derechos humanos y, en el ámbito privado, a través de la codificación del derecho civil y las reformas legislativas.

En definitiva, la ilustración significó una crítica de todas las creencias tradicionales; absolutamente todo - literatura, moral, política, derecho - fue sujeto a revisión. Un hombre de la época, como D’Alembert, definió la actitud de los intelectuales en los siguientes términos “*Todo ha sido discutido, analizado, removido, desde los principios de las ciencias hasta los fundamentos de la religión revelada, desde los problemas de la metafísica hasta los del gusto, desde la música hasta la moral, desde las cuestiones teológicas hasta las de la economía y el comercio, desde la política hasta el derecho de gentes y el civil*”.⁴

3. La ciencia del derecho penal humanista e iluminista

Siguiendo la tradición romana, hasta el siglo XVI, el derecho penal estuvo inmerso en el ámbito del derecho civil. Fue recién a comienzos de la edad moderna cuando comenzó a hacerse visible la separación entre ambas disciplinas por la influencia de factores como la creación de cátedras de derecho penal en nacientes universidades y la redacción de obras propiamente de derecho penal. Además de ello, el derecho penal de la época medieval se vio renovado por los cambios propuestos por el movimiento humanista.

La ciencia del derecho penal humanista estuvo representada por hombres como el francés André Tiraqueau (1480-1558) autor de varias obras de derecho civil y de una

particular”. PIETRO SANCHIZ, *El derecho...*(1), p. 11. El jurista español Olavide sostuvo que “La única ciencia que entre la grosería de los siglos bárbaros, ha podido conservar la pureza es la Matemática; y aún puede decirse que la resurrección de las demás se debe a su orden y método”. CLAVERO, Bartolomé, “La idea de código en la ilustración jurídica”, *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, Sevilla, 1979, p. 52.

³ CASABO RUIZ, José, “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 22, Madrid, 1969, p. 314.

⁴ CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 18.

monografía con relevancia jurídico-penal como fue *De poenis legum ad consuetudium statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus quotque ex causis*, publicada de forma póstuma por su hijo Andreas. Unos años más joven fue el jurista italiano Tiberio Deciano (1509-1582) titular de una cátedra del derecho criminal en la Universidad de Padua. Deciano elaboró su obra *Tractatus Criminalis* en la cual expuso verdaderos conceptos teóricos de índole penal como la noción de delito. También el alemán Peter Dietrich (1580-1640) debe incluirse entre los juristas humanistas con su obra *Collegium criminale* publicada en 1618. Dentro de los juristas españoles encontramos a Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577), toledano, nombrado oidor de la Chancillería de Granada y, más tarde, presidente del Consejo de Castilla. De su obra *Opera Omnia*, dos monografías correspondían al derecho penal. Una de ellas contenía opiniones sobre la medida y el fin de la pena en relación a si en el homicidio se podía considerar, como una pena justa, la pena de multa. También debe indicarse el nombre de Alfonso de Castro (1495-1558), franciscano natural de Zamora, profesor de teología en Salamanca y autor de dos obras relevantes para el derecho penal: *De justa haereticorum punitione* y *De potestate legis poenalis*. Este autor abordó nociones como la proporcionalidad del delito y la pena, la imposibilidad de aplicar la analogía para la interpretación de las normas penales y el principio de irretroactividad de la ley penal.⁵

Los cambios propuestos por los autores humanistas se manifestaron en las siguientes premisas: elaboraron una teoría de la pena dándole a ésta una función preventiva⁶, comenzaron a dar definiciones teóricas de conceptos como delitos, dolo y a hacer una distribución racional de la materia en sus obras de doctrina en clara oposición al método escolástico que hacía un análisis exegético de los textos legales impidiendo la creación de conceptos abstractos.⁷

También se manifestaron a favor de la necesidad de una proporcionalidad entre la pena y el delito, de la aplicación de la pena de muerte solo para casos excepcionales y de la necesidad que el delito sea definido por una ley⁸

El discurso jurídico penal iluminista retomó el camino de cambio iniciado por el humanismo y acentuó las críticas al orden penal vigente. Se caracterizó por la búsqueda de la racionalidad y la crítica a la severidad del derecho penal del antiguo régimen. Si bien no

⁵ CASTRO TOLEDO, Beatriz, “La responsabilidad penal: doctrina de Alfonso de Castro”, en SANCHEZ DE LA TORRE, Angel (coord.), *Fundamentos del conocimiento jurídico. ¿Por qué se es responsable jurídicamente?*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 137.

⁶ Según Schaffstein, fue el francés André Tiraqueau (1480- 1558) el primero en defender, en su obra *De poenis legum ad consuetudium statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus quotque ex causis*, aparecida en *Opera Omnia* en 1597, una teoría preventiva de la pena invocando expresamente a Platón. También en *De legibus connubialibus et jure maritali*, escrita en 1513, el autor destacó que el fundamento de la pena es la corrección del delincuente. Por su parte Peter Dietrich también se enroló en la concepción preventiva de la pena. Para este autor la pena tenía tres fines: la prevención especial por medio de la corrección, prevención general y resarcimiento del lesionado. SCHAFFSTEIN, Federico, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1957, pp. 51-53 y 146.

⁷ Tiberio Deciani definió al delito como *factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea...*,(6), p. 112.

⁸ Ya en el siglo XVI, el jurista italiano Tiberio Deciani (1509-1582) expuso en su obra *Tractatus Criminalis*, que *nullum potest congosci delictum, nisi praecedat lex, quae illigente prohibeat puniat* lo cual debe ser considerado como un antecedente de principio expuesto por Feuerbach tres siglos después como *nullum crimen sine lege*. Diego de Covarrubias y Leyva desarrolló una teoría de la retribución, utilizando principios de San Agustín y Santo Tomás. Para este autor, la pena debía ser fundamentalmente *iuxta delicti mensuram*. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea...*,(6), p. 165. En cuanto a la aplicación de la pena de muerte, para Alfonso de Castro la misma debía quedar supeditada a dos condiciones: cuando la conducta ofenda gravemente a Dios y al prójimo y cuando el delincuente sea incorregible. CASTRO TOLEDO, *La responsabilidad...*,(5), p. 145.

fue un discurso unánime, en términos generales, los pensadores ilustrados propusieron, entre otras cosas, las siguientes premisas: limitación del *ius puniendi* que ejercía el monarca, legalidad de la pena, proporcionalidad de la misma con el delito, vigencia del principio de inocencia, cuestionamiento del uso de la tortura, de la pena de muerte y de los criterios que se aplicaban en el procedimiento criminal y renovación de la legislación criminal.

Una de las primeras figuras que, sin ser estrictamente un penalista, desarrolló ideas al respecto fue Montesquieu quien, en “Cartas Persas” publicada en 1721, ridiculizó algunas instituciones penales de los países occidentales. En su obra cumbre, “Del espíritu de las leyes”, publicada en 1748, Montesquieu partió del paradigma básico, el estado de naturaleza, para construir el orden social según los dictados de la razón. En este esquema, las leyes penales no eran sino el precio que cada ciudadano debía pagar por la defensa de su libertad y seguridad. También criticó el sistema severo y desproporcionado de penas proponiendo un espíritu de moderación de las mismas.

Otros nombres que se expresaron a favor de las nuevas ideas. Así, en España, en 1734, el Benedicto Jerónimo Feijóo, en su “Teatro Crítico Universal”, se manifestó contrario a la utilización del tormento por no resultar un medio falible para el conocimiento del delito. Otro religioso, el padre Sarmiento, expresó su desacuerdo con la utilización de la pena de muerte por entender que “*por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto a la sociedad*”.⁹ También pueden señalarse los nombres de Juan Pablo Forner (1756-1799) autor del “Discurso sobre la tortura”, Pablo de Olavide (1725-1803), Valentín de Foronda (1752-1821) y Gaspar de Jovellanos (1744-1811).

De Italia, nos son conocidos los nombres de Pietro Verri(1741-1816) quien escribió, en 1777, “Observaciones sobre la tortura”, una obra en clara oposición a la utilización de la tortura además de ser el autor que influyó en la redacción de “De los delitos y de las penas” y Tommaso Di Natale (1733-1819), autor de unas “Reflexiones políticas en torno a la eficacia y necesidad de la pena”. Gaetano Filangieri (1752-1788), autor de “Ciencia de la legislación”, planeó una importante reforma en la legislación reivindicando el principio de la legalidad y Francesco Pagano se manifestó contrario a la pena de muerte en su obra “Consideraciones sobre el proceso criminal” de 1787.

En Francia, la crítica al procedimiento judicial vigente estuvo en manos de hombres como Voltaire quien, entre sus tantos escritos, destacó los efectos del procedimiento criminal “*Sentimos toda la irregularidad, para no decir abominación, de ese procedimiento tan ilegal como infame; ¿ya que de qué se trataba en este proceso cuyo fondo era tan frívolo y tan ridículo? De un crucifijo de gran camino que tenía un rasguño en la pierna*”.¹⁰ También hicieron sus aportes Gabriel Bonnot, abad de Mably (1709-1785) autor de la obra “Sobre la legislación o principios de las leyes” y Jean Paul Marat (1744-1793) de quien Zaffaroni consideró revolucionario su concepto de justa pena. Este autor entendía que la pena era justa en el momento originario del contrato social cuando cada hombre tenía una parte igual, pero, una vez creada la sociedad, cuando algunos hombres lograron mayores beneficios que otros, no era justo que sean tratados con la misma pena.¹¹ Otros autores como Antoine de Servan (1739-1807) con su obra “De la influencia de la filosofía sobre la instrucción criminal”, Claude de Pastoret (1755-1840) con “De las leyes penales” y Francois Vermeil (1732-1810), con el título

⁹ PIETRO SANCHIS, *El derecho penal...*,(1), p. 126.

¹⁰ Este pasaje pertenece a la obra *Le crime du sang innocent* escrito por Voltaire en 1775. Citado en GENTEA, Ana, “Hacia la humanización de la justicia penal en la Francia Ilustrada: la aportación de Voltaire”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 123, Madrid, 2004, p. 420.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 89-90.

“Ensayo sobre las reformas a realizar sobre nuestra legislación” de 1781, se agregan a la lista.

En Inglaterra hicieron sus trabajos William Blackstone (1723-1780) con su “Comentarios sobre las leyes de Inglaterra”, Jeremy Bentham (1748-1832), autor de “Introduction to the principles of moral and legislation” y Samuel Romilly (1757-1818).

Entre los juristas germanos estuvieron Josef von Sonnenfels (1733-1817) autor de “Sobre la abolición de la tortura”, Ernest Klein (1743-1810) con sus “Principios de derecho penal alemán” y Johann Paul Anselm von Feuerbach (1755-1833).

Sin perjuicio de todos estos aportes, la figura más importante del pensamiento penal iluminista fue, quizás, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria. La importancia de su obra en la difusión del pensamiento iluminista hizo que se lo considere el fundador de la ciencia penal moderna.¹² Beccaria fue un noble nacido en Milán, en 1738, que participaba de las tertulias en el salón de los hermanos Verri donde se fue nutriendo del pensamiento liberal, de autores como Montesquieu, Helvétius, de los escritos de Rousseau, Diderot, Buffon y Hume que lo inspiraron para la redacción de su trabajo más importante “De los delitos y de las penas”.¹³ La obra fue escrita en un ambiente de amigos como Pietro y Alessandro Verri, Paolo Frisi y Giuseppe Visconti, hombres que se adherían a las nuevas ideas y, en consecuencia, se mostraban rebeldes frente al orden jurídico vigente. Se publicó en Livorno en el año 1764 y fue difundida rápidamente en los sectores intelectuales: en 1765 se publicó en Praga una versión alemana, en 1766 recibió comentarios de autores como Voltaire quien esperaba que la obra “*dulcificaría la barbarie que subsiste aún en la jurisprudencia de tantas naciones; esperaba alguna reforma en el género humano*”¹⁴ y Ramsay para quien la obra “*contiene unas cuantas observaciones ingeniosas, algunas de las cuales podrían tener tal vez el buen efecto que espera de ellas el autor lleno de humanidad*”.¹⁵ En 1767, tan solo tres años de su publicación, Catalina de Rusia le ofreció un empleo en la capital rusa para que participara en la reforma de la legislación penal propuesta a través de una instrucción publicada en 1766. También la obra fue inmediatamente conocida en los círculos intelectuales españoles aún cuando su publicación en ese idioma fue en 1774. Fue un libro inspirador de reformas legislativas como las de Toscana y Austria.

En España, a los juristas ya enunciados, debemos agregar y exaltar la figura de Manuel De Lardizábal y Uribe a quien se consideró el “*Beccaria español*”.¹⁶ Este jurista nació en la ciudad de Tlaxcala, México, en 1739 y falleció en España en 1820. Durante el reinado de Carlos III, ejerció cargos importantes como Consejero de Su Majestad, Alcalde del Crimen

¹² Para Frontino “La escuela clásica de criminología tuvo su origen en la filosofía del iluminismo y Cesare Beccaria fue el primero en formular sus principios”. Por ello se refirió a él como “el padre de la ciencia penal”. Citado en TERAN LOMAS, Roberto, “Beccaria y los conceptos fundamentales del derecho penal”, *La Ley*, 32, Buenos Aires, 1943, p. 983.

¹³ En una carta redactada por Pietro Verri a unos amigos milaneses, fechada el 1 de noviembre de 1765, reveló los siguientes detalles “...el tema se lo di yo, y la mayor parte de las ideas es el resultado de las conversaciones que sosteníamos diariamente Beccaria, Alessandro Lambertenghi...Beccaria se aburría y aburría a los demás...yo le sugerí éste, sabiendo que por ser un hombre de gran elocuencia y vivacísima imaginación, le convenía perfectamente. Beccaria comenzó a escribir sus ideas en hojas sueltas, colaboramos con él con entusiasmo, y tanto estimulamos que escribió una gran cantidad de ideas...El problema consistía, en una materia tan delicada, en publicar esta obra sin problemas...Le envié el manuscrito en abril del pasado año y recibí el primer ejemplar en julio de 1764. En agosto ya se había agotado la primera edición sin que en Milán se enteraran”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Bruguera, 1983, p. 169.

¹⁴ El comentario de Voltaire a la obra de Beccaria apareció en 1766. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p.244.

¹⁵ Nota escrita por Allan Ramsay a Denis Diderot a fines de enero de 1766. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p.261.

¹⁶ PIETRO SANCHIS, *El derecho penal...*,(1), p. 136.

de la Real Audiencia de Granada y Fiscal del Consejo de Castilla. Lardizábal ya estaba trabajando en la reforma de la legislación criminal cuando apareció la obra de Beccaria y para 1780 había concluido su proyecto de concordancias y actualización para la reforma de la legislación penal, trabajo que fue acompañado de una introducción donde exponía los principios que, a su juicio, debían guiar la redacción del futuro código penal. La introducción resultó una obra de sumo interés por lo que se optó por su publicación independiente en 1782 dando origen al “Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma”.¹⁷

La influencia del pensamiento de Beccaria en la obra de Lardizábal fue evidente en algunos temas pero no en otros. No olvidemos que Lardizábal fue un monárquico que comenzó a plantear la reforma de la legislación criminal española al servicio del despotismo ilustrado de Carlos III. En consecuencia mantuvo una posición complaciente con el antiguo régimen y sus opiniones fueron mucho menos radicales que las de Beccaria. Lardizábal fue poseedor de “*un espíritu práctico, mucho mayor que el de Beccaria... a lo largo de todo el Discurso se muestra como un magnífico conocedor de las leyes penales, afrontando su reforma de una manera positiva y pretendiendo innovaciones que consideraba viables*”.¹⁸

4. Cambios propuestos por el pensamiento iluminista

Justificación del derecho de castigar.

Con el nacimiento de los estados nacionales, a partir del siglo XV, los monarcas pretendieron asumir el *ius puniendi* en detrimento de otras formas de represión penal como la venganza privada, la que ejercían los padres en el ámbito familiar y los señores feudales en los territorios no sometidos al poder real.¹⁹

Hasta ese momento, el derecho no era monopolio del poder político, sino, como dice Grossi, era la voz de la sociedad, de innumerables grupos sociales, era un mundo de varios ordenamientos jurídicos.²⁰ La ausencia de tal monopolio represivo, significó que cada vez alguien lesionaba a otro se generaba un conflicto y se ponían en marcha mecanismos de solución de conflictos que quedaban al margen de la intervención estatal. Estos

¹⁷DOMINGO, R (ed), *Juristas Universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 700-702. El propio Lardizábal señaló la intención que tuvo al escribirla: “La lectura de varias de estas obras, que han llegado a mis manos, y el estudio que he tenido que hacer de nuestras leyes criminales, para formar extractos de todas ellas, mandados ejecutar por orden superior, con el fin de reformarlas, me suscitaron el pensamiento de escribir el presente Discurso, en el cual aprovechándome de las luces que he adquirido en las expresadas obras y en las mismas leyes, he procurado exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales que pudiendo servir para la reforma”. LARDIZABAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1782, p. 2.

¹⁸ RAMOS VAZQUEZ, Isabel, “El derecho penal de la ilustración”, en ALVARADOS PLANAS, Javier, *Estudios de las ciencias criminales en España*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 61 y 64.

¹⁹ Perry Anderson explicó el proceso diciendo que “El poder de la clase de los señores feudales quedó, pues, directamente amenazado por la desaparición gradual de la servidumbre. El resultado fue un desplazamiento de la coerción política en un sentido ascendente hacia una cima centralizada y militarizada: el estado absolutista. La coerción, diluida en el plano de la aldea, se concentró en el plano nacional... Las monarquías nuevas se irguieron, prácticamente al mismo tiempo, durante los reinados de Luis XI en Francia, Fernando e Isabel en España, Enrique VII en Inglaterra y Maximiliano de Austria” ANDERSON, Perry, *El estado absolutista*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1998, pp. 14-17. Por su parte Zaffaroni lo describió del siguiente modo “Desde entonces se nos ha instalado el señor Estado como víctima. Es decir que cuando a alguien le roban la billetera o le quiebran la nariz, se mete el señor Estado en el medio y por más que la víctima proteste y diga que no le interesa que este señor haga tal cosa o haga tal otra cosa, y que ni la billetera ni la nariz son del Estado, el Estado ejerce el poder punitivo y la víctima desaparece como persona”. ZAFFARONI, *Apuntes del pensamiento...*,(11), pp. 31-32.

²⁰ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, p. 67.

mecanismos, a los que Hespanha llama mecanismos autónomos o periféricos de poder, fueron la composición, el poder punitivo del jefe de familia y del esposo en cuestiones relacionadas con el matrimonio y el honor femenino ²¹, la venganza privada ²² y el poder represivo de la Iglesia.²³

Para emprender la tarea de consolidación del poder real, los monarcas, ayudados por juristas y pensadores, se valieron del derecho romano justineano que se estudiaba en las universidades, y del derecho de la Iglesia. Pretendieron, principalmente, dos objetivos: a) justificar la necesidad de un rey fuerte que actuara como cabeza de un grupo de oficiales, que lo ayudaría en el ejercicio de las cuatro funciones que asumiría y b) fundamentar el ejercicio del poder de castigar en la voluntad divina.

Para alcanzar el primero de ellos, se utilizó la concepción teocrática del poder, según la cual el rey era el vicario de Dios en la Tierra y, como tal, recibía el poder de Dios y lo ejercía “*sobre la gente para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en los temporal, bien assi como el Emperador en su Imperio*”. (P II.1.5)

Además, el modelo de la magistratura romana y los aportes del derecho canónico sirvieron para delinear el concepto de oficial que integraría la nascente administración. Al igual que a los antiguos magistrados se les encargaban la administración de la *res publica*, los oficiales ayudarían al rey en el manejo de las cuatro funciones que asumiría.²⁴

Para lograr el segundo objetivo fueron esenciales dos cuestiones que se pusieron sobre el tapete cuando se produjo la recepción del derecho romano. Por un lado el concepto de *iurisdictio*, como poder de juzgar, de decir y crear derecho que ejercían los emperadores, fue adjudicado al monarca, permitiéndole asumir la función de administrar justicia y, por el otro, la máxima de Ulpiano según la cual *quod principi placuit, legis habet vigorem*, contenida en D.I.4.1, estimuló a los monarcas al ejercicio de la actividad legislativa, tarea que no había sido puesta en práctica durante los siglos altomedievales.

Estas nuevas funciones, juzgar y legislar, que iría asumiendo el monarca significaron la creación de una cultura jurídica penal en la cual la autoridad del soberano de los nacientes estados comenzaba a desplazar a las antiguas formas de solución de conflictos. Se caracterizó por ser una cultura del orden, de textos como el *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici*, donde las conductas que debían reprimirse estaban determinadas por los textos legales, por las tradiciones y por la Iglesia la que se entendía como la autoridad para determinar aquello que podía ser visto como lesivo del orden trascendente.

En definitiva, el descubrimiento y difusión del derecho romano otorgó un fundamento legal a los monarcas que pretendieron asumir estas nuevas funciones e incluirlas dentro de

²¹ El sistema altomedieval abandonaba al adulterio a la venganza privada pues se consideraba que era el marido quien debía guardar su honor matando a los adúlteros, acto que no se concebía delito si ambos resultaban muertos. (P VII 17.13-14). El fuero de Plasencia permitía al señor de la casa matar o castrar sin caloña al hombre que fuera sorprendido en adulterio (Fuero de Plasencia 56). El Fuero Juzgo entregaba a los adúlteros a disposición del marido para que aplicara el castigo sobre sus cuerpos y bienes (FJ III 4.2-4). La Recopilación de Indias ordenaba la entrega de la pareja adúltera al marido para que los castigara de forma privada (RI VII.8.4).

²² Un ejemplo de venganza privada eran los duelos, utilizados para supuestos de injurias. Un pasaje contenido en la Nueva Recopilación (VIII.8.10) y reiterado en la Novísima (XII.20.1) contiene un texto de los Reyes Católicos por el cual se pretendía resarcir judicialmente al delito de injurias para evitar el ejercicio privado del *ius puniendi*.

²³ En Cataluña, el castigo del crimen de sodomía era competencia de la Iglesia a fines del siglo XVI tanto de la Inquisición como de los jueces ordinarios. SAINZ GUERRA, Juan, *Evolución del derecho penal en España*, Jaén, Universidad de Jaén, 2004, p. 736.

²⁴ Las Partidas definieron al oficio diciendo que “ofizio tanto quiere dezir como seruzio señalado, en que ome es puesto para servir al Rey, o al Común de alguna Cibdad o Villa” P. II.9.1

las atribuciones que obtenían por derecho divino. Para plasmar esta concepción se invocaron los textos legales de la época como herederos de la tradición romana.²⁵

Ahora bien, en contraposición a la tradición jurídica del antiguo régimen, los pensadores iluministas se alzaron contra la justificación divina del *ius puniendi* proponiendo un reacomodamiento del poder de castigar con la intención de frenar el poder del monarca que se consideraba ejercido de forma abusiva.²⁶ Para responder a ello, tanto Beccaria como Lardizábal apelaron a la doctrina contractualista, entonces dominante.²⁷

El contractualismo fue una teoría elaborada para explicar el origen del Estado desde una perspectiva lógica. Para ella el Estado surgía cuando en la organización natural anterior, en que vivían los hombres, había insuficiencias que perjudicaban a sus integrantes y el orden natural carecía de los elementos coactivos necesarios para asegurar la libertad, la seguridad y la propiedad de los hombres. En consecuencia y con la intención de lograr la propia seguridad, los hombres debieron reunir sus voluntades a través de la celebración de un pacto por el cual decidieron ceder una parte de sus derechos al soberano otorgándole la exclusiva facultad de castigar a quien vulnera estos derechos acordados. Como consecuencia de esta nueva doctrina, el derecho a castigar que asumía el monarca, al formarse el Estado, encontraba fundamento ya no en Dios sino en el pacto social.²⁸

²⁵ “E rey es mayor sobre todo su regno, por quien todos los del regno reciben dono de Dios en seer una cosa” (Especulo. II.1.1). “E por que justicia es cosa que da a cada uno su derecho, tenemos que debe seer muy guardada, e muy tenuta señaladamente de los reyes. Ca a ellos es dada mas que a otros omes, e ellos la deben mas amar e fazer. Pero que los reyes no pueden seer en sus castiellos en cada lugar, para fazer esta justicia, conviene que ponga a otros de su mano, que la haga, asi como alcaldes y jueces...” (Especulo. IV.1.pr). “Conviene que el Rey, que anda por todas las tierras y señorios, usando de justicia, y que ande con el su Consejo y Alcaldes, y los otros oficiales...para punir, y castigar los delincuentes, y malhechores; y procurar como el reyno viva en paz, y sosiego” (OORR II.1.3). “...y porque al Rey pertenece, y ha poder de hacer fueros, y leyes: y de las ha interpretar...” (Leyes de Toro I).

²⁶ Foucault entendió el reformismo iluminista en los siguientes términos “La crítica del reformador apunta a una mala economía de poder...este mal funcionamiento del poder remite a un exceso central: lo que podría denominarse el sobreponer monárquico que identifica el derecho de castigar con el poder personal de soberano...En definitiva, la reforma penal ha nacido en el punto de conjunción entre la lucha contra el sobreponer del soberano”.FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009, p. 100.

²⁷ “Libres y aislados sobre la faz de la tierra, cansados de vivir en un estado de guerra continuo y fatigados por una libertad que venía a ser inútil por la incertidumbre de conservarla, sacrificaron los hombres una porción de ella para gozar la restante con paz y seguridad...las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad hecha inútil por la incertidumbre para conservarla. Sacrificaron una parte de ella para disfrutar la restante en segura tranquilidad”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p.53. “En efecto, cuando los hombres por evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente, que para que ésta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente a una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad, o de la cabeza que eligieron, para poder gozar con más seguridad de la otra parte que reservaban”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 8.

²⁸ Según Rousseau “Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir solamente las que existen, no tienen otro medio para conservarse que el de formar, por agregación, una suma de fuerzas capaces de superar la resistencia...” “La primera y la más importante consecuencia de los principios establecidos es la de que la voluntad general puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado” “Se conviene en que todo lo que cada individuo aliena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso resulta de transcendencia e importancia para la comunidad, mas es preciso convenir también que el soberano es el único juez capaz de esta importancia” “De ello se infiere que el poder soberano, todo absoluto, sagrado e inviolable, no traspasa ni puede traspasar los límites de las convenciones generales”. ROUSSEAU, J, *El contrato social*, Madrid, Edaf, 1982, pp. 75-78.

Para explicar la cesión de derechos que se hacía a favor del soberano, Beccaria y Lardizábal hicieron uso de un nuevo concepto: la necesidad, expresado en premisas como: a) fue la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su libertad al celebrarse el pacto y b) el poder punitivo se encontraba fundamentado en la necesidad de proteger los derechos que les eran reconocidos a los hombres.²⁹ En el caso de Beccaria, en su obra se encuentran frases como “*todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico*” o “*todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo las que son injustas por su naturaleza*”³⁰ y en Lardizábal “*Debieron estipular con este acto, a lo menos tácitamente, por ser un medio esencialmente necesario para conseguir el fin que se proponían y muy conveniente a las necesidades de los hombres*”.³¹

Ahora bien, existió entre nuestros autores una diferencia en cuanto a los límites del poder de castigar. En este sentido, la postura de Beccaria resultó ser más radical que la de Lardizábal pues entendió que solo a través del pacto social, los hombres le otorgaban al soberano un poder muy limitado porque le cedían una porción mínima de sus derechos.³² En cambio, Lardizábal reconoció la existencia del contrato en la creación de la sociedad pero también admitió que la potestad de establecer las penas residía en las supremas facultades que tenía el monarca que provenían de Dios.³³

Vemos pues que con el iluminismo se produjo un cambio en la justificación del poder punitivo con la intención de poner un freno al poder que ejercía el monarca. Si en el antiguo régimen el *ius puniendi* estuvo centralizado en la figura del monarca, como vicario de Dios, y basado en la necesidad de organizar jerárquicamente a la sociedad, el poder punitivo que se pretendió otorgarle en el siglo XVIII tuvo como fundamento una sociedad de iguales.

Nuevos conceptos del delito y de la pena

Durante el antiguo régimen el delito fue considerado una violación a la paz personal en la que se encontraba el individuo, era un pecado que se cometía transgrediendo el orden natural trascendente. El delito venía, como los pecados, fijado y no dependía de la autoridad secular o eclesiástica sino que se determinaba a través de la revelación y de la tradición. Argumenta Clavero que pecado, no era asunto de teología o de moral, si se

²⁹ “Fue, pues, la necesidad la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad: y eso es tan cierto que cada uno solo quiere poner en el depósito público la porción más pequeña que sea posible” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 55. Para Lardizábal, las penas fueron impuestas para “evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida social”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 8.

³⁰ BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp 54-55.

³¹ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 8.

³² “...cada uno solo quiere poner en el depósito público la porción más pequeña que sea posible, la que baste para inducir a los demás a defenderle. El agregado de todas estas mínimas porciones posibles de libertad forma el derecho de castiga”.BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 55.

³³ “Este es pues el fundamento y primer origen de las penas. Pero la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las supremas facultades como un derecho inmanente de la majestad...es necesario que Dios ...haya comunicado una parte de su poder a los que son establecidos en las sociedades para regirlas. Débese pues considerar a la sociedad, no como una cosa causal e indiferente al hombre, sino como necesaria y conforme a la naturaleza y constitución, e inspirada por el mismo Creador”. “La potestad legislativa se ha mirado siempre como el más noble e inseparable atributo de la soberanía. Pero como a los reyes y príncipes, según explica el sabio rey D. Alfonso les confió Dios el Señorío sobre los pueblos, porque la justicia fuese guardada por ello, esto es, para que con su protección y gobierno los hagan felices y los conserven en quietud y seguridad” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), pp. 3 y 8-9.

quiere, y delito de justicia, sino que ambos de la ley con todo su despliegue: ley eterna, ley divina positiva, ley natural y leyes humanas.³⁴

La firma creencia de un orden trascendente hacía que las posibilidades de transgresión no podían reducirse a una definición precisa. No había posibilidad de codificación legal ni de tipicidad. En consecuencia, la noción de delito estaba rodeada de una gran ambigüedad, favorecida por la ausencia de precisión a la hora de definir sus características.

Los textos legales así como los de doctrina dieron cuenta de esta concepción. Así un manual práctico del siglo XVIII nos dice “...*estos pecados de escándalos públicos, cuyo castigo se encarga, se ha de entender que no son los delitos particulares que tienen sus nombres..., sino pecados por los que Dios y la república por el mal ejemplo de los demás miembros son ofendidos*”³⁵ y otro del siglo XVII advierte que “...*es delito el hecho, o los hechos que contra las Leyes Divinas, o humanas, y en perjuicio de terceros se hizo*”.³⁶

El principal texto legal medieval castellano, las Siete Partidas, resaltaba que la comisión de los delitos suponía ir “*contra los mandamientos de Dios, e contra buenas costumbres, e contra todos los dichos delitos y pecados*” (P III.6.36). En la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, un bando de Sobremonte catalogaba de pecados a los amancebamientos en pleno 1785.³⁷

La vinculación entre las nociones de delito y pecado tenía un lugar destacado en los delitos de índole sexual tales como el incesto (P VII.18.1), el estupro (P VII.19.1), el amancebamiento (Decretales 3.2). Por vivir “*escandalosamente en deservicio de dios y amancebado*” fue condenado a destierro un español que habitaba en la campiña cordobesa en 1653. Casi un siglo después, un alcalde ordinario resolvía el caso de un amancebado, varias veces amonestado, condenándolo al destierro perpetuo “*por los delitos que continuamente a cometido en este pecado con gravísimos escandalos*”.³⁸ También el adulterio apareció como pecado en los textos legales de Alfonso X: el Fuero Real entendió que si el marido no quería acusar a la mujer de adulterio “*pues que él quiere perdonar a su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse*” (FR VII.7.3).

De tal manera que una conducta podía no producir ningún daño a la víctima que lo sufría y ser considerada “*un delito que exige reparación, porque ha sido violado el derecho del superior y porque se injuria con ello la dignidad de su carácter*”.³⁹

Otra de las características de la cultura penal del antiguo régimen giró en torno al concepto de la pena. Las Partidas definieron a la pena diciendo que era “*enmienda de pecho, o escarmiento, que es dado según la ley a algunos, por los yerros que fixzjero*”. (P. VII.31.1)

³⁴ CLAVERO, Bartolomé, Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones, en TOMAS Y VALIENTE, Francisco, CLAVERO Bartolomé, HESPANA, Antonio, BERMEJO, José Luis, GACTO, Enrique, ALVAREZ ALONSO, Clara, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 66.

³⁵ ALVAREZ POSADILLA, Juan, *Práctica criminal por principios, o modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Imprenta de la viuda e hijos de Santander, Valladolid, 1794, t. III, p. 171.

³⁶ FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G, *Práctica criminal, instrucción (nueva y útil) de substancias las causas*, en AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán siglo XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 136.

³⁷ GONZALEZ DE MARTINE Z, A, *Control social en Córdoba. La papeleta de conchabo 1771-1892. Documentos para su estudio*, Centro de Estudios Históricos. Serie Documental, Córdoba, 1994, p. 14.

³⁸ Ambos casos se encuentran citados en AGÜERO, *Castigar y perdonar...*,(36), pp. 142-143.

³⁹ RISI, P, *Observations sur les matiéres de jurisprudente criminelle de 1780*. Citado en FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*,(26), p. 58.

La pena tenía una finalidad retributiva y expiatoria; fue vista como el castigo que debía sufrir el delincuente que había alterado la paz social, como la venganza por la transgresión que suponía una ofensa a la víctima, al soberano y a Dios.

El mismo texto legal consideraba que los delincuentes *“deuen ser escarmentados crudamente, porque los fazedores resciban la pena que merecen”* (P. VII. pr) y que *“la justicia no tan solamente debe ser cumplida en los hombres por los delitos que cometen: más aún para que los que la vieren, tomen por ende miedo y escarmiento para guardarse de hacer cosa por la que merezcan recibir otro tal”* (P. III.27.5). Para Alfonso de Castro, autor del siglo XVI, la pena *“se refiere bajo distintos aspectos al delincuente y a los demás. A aquel se le aplica la pena para que conozca el mal que hizo...la pena es pasión que inflige un daño al que la sufre...impuesta o contraída por un pecado propio y pasado...característica de la pena es ordenar la culpa; es decir, reafirmar el orden que la culpa ha pervertido”*.⁴⁰

Esta noción de que el delito atacaba, además de la víctima, al soberano ponía al delincuente en la misma condición que el enemigo que alteraba la paz del reino y hacía que sea el soberano quien tuviera que asumir la represión de tal conducta. El derecho a castigar fue, entonces, un aspecto del derecho del soberano.⁴¹

Pero como además de la venganza por parte del soberano, la pena tenía una finalidad intimidatoria y vindicativa, debía ser ejemplificadora para el resto de los hombres y, en consecuencia, ser pública. Toda la sociedad debía ver el castigo que sufría el delincuente: la vergüenza pública, la voz del pregonero que recordaba el crimen, el teatro montado para la realización del suplicio y la ejecución de la pena de muerte, la infamia pública daban cuenta de esta noción.

En contraposición a la tradición jurídica medieval, los pensadores iluministas, al pretender la secularización del derecho, se alzaron contra el antiguo concepto de delito y contra la finalidad expiatoria que se le daba a la pena e intentaron explicar estas nociones con criterios racionales.

Respecto al delito, fueron varias las voces ilustradas a favor de la limitación del concepto para aquellas conductas externas capaces de producir una efectiva lesión a un bien jurídico. Sin una acción y sin un resultado lesivo a la víctima no cabía la tipificación delictiva. El delito debía romper su relación con la noción de pecado sin aparecer como un síntoma de enfermedad moral.⁴²

La utilización de la doctrina contractualista no hizo más que generar la idea que solo aquellas acciones externas que perjudicaban directa o indirectamente la tranquilidad pública, la seguridad y los bienes de los hombres, es decir que lesionaban a aquellos bienes

⁴⁰ LEVAGGI, A, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005 Tomo II, p. 53.

⁴¹ “El ejercicio del poder del soberano en el castigo de los crímenes constituye sin duda una de las partes más esenciales de la administración de justicia”. JOUSSE, D, *Traité de la justice criminelle de 1777*. Citado en FOUCAULT, *Vigilar y castigar ...*,(26), p. 58.

⁴² Lardizábal definió al delito como aquellas “acciones externas, que directa o indirectamente turban la pública tranquilidad, o la seguridad de los particulares, y por consiguiente sólo éstas son verdaderamente delitos, y sólo ellas están sujetas a las leyes humanas establecidas por las supremas potestades”. Acto seguido lo diferencia del pecado diciendo que “El hombre...no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria, que tiene con Dios como criatura con su Creador. Toda acción que de cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso...*,(17), p. 22. Beccaria diferenció el delito del pecado porque la gravedad de éste último “depende de la malicia del corazón, y sin la ayuda de la revelación ésta es impenetrable para unos seres limitados ¿Cómo, pues, tomarla como norma para el castigo de los delitos?” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 65.

por los cuales los hombres habían decidido realizar el pacto social, debían ser consideradas delitos.⁴³

Este nuevo concepto significó, tanto para Beccaria como para Lardizábal, que las acciones internas y los pensamientos debían quedar afuera de toda represión estatal.⁴⁴ Por ello Beccaria expresamente rechazó la idea que el suicidio pueda ser considerado un delito.⁴⁵

Debe hacerse una observación en relación a aquellas conductas consideradas como una ofensa hacia Dios y la religión porque nuestros autores expresaron diferentes opiniones al respecto. Mientras que Lardizábal entendió que no podía excluirse del concepto de delito a “*las acciones externas perturbativas de la religión, porque ésta es el vínculo más fuerte y el más firme apoyo de la sociedad*”⁴⁶, para Beccaria “*los hombres razonables (de su época) verán que el lugar, el siglo y la materia no permiten examinar la naturaleza de semejante delito*”.⁴⁷

Por su parte, el pensamiento utilitarista, de Bentham, reforzó estos conceptos al entender que el delito era una conducta prohibida por el legislador porque producía consecuencias perjudiciales e impedía la maximización de la felicidad.

En definitiva, ¿qué criterios definían al delito según nuestros autores?. Beccaria asumió una actitud extremadamente objetiva: los delitos se medían solamente por el daño ocasionado.⁴⁸ Lardizábal se mostró en total desacuerdo con esta opinión y consideró que ella era defectuosa ya que, de ser así, no debería haber diferencias entre los delitos cometidos con dolo y los cometidos con culpa. Entendió, en consecuencia, que, además del daño, debían concurrir otras circunstancias como el conocimiento de lo que se hace, la libertad del delincuente, la edad y el sexo.⁴⁹

⁴³ “Los hombres cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron a la facultad que tenían de usar sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad o en sus gobernantes lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ileśa la sociedad, porque de su conservación y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron a buscar a la sociedad. Síguese de aquí con evidencia, que las leyes penales, que nacieron con la sociedad, como esencialmente necesarias para su conservación, no pueden tener otro objeto que aquellas acciones externas que directa o indirectamente turban la pública tranquilidad o la seguridad de los particulares...” “...solo las acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares son delitos” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso...*(17), pp. 22 y 23. “Yo solo hablo de los delitos que emanan de la naturaleza humana y del pacto social, y no de los pecados, cuyas penas, incluso temporales, deben regularse con otros principios que los de una limitada filosofía”. BECCARIA, *De los delitos...*(13), p. 135.

⁴⁴ “Igualmente es de naturaleza de la pena que para incurrir en ella se cause algún daño o perjuicio, y que este daño se haga voluntariamente y con malicia o con culpa...De lo dicho se infiere que nunca puede imponerse pena a los actos puramente internos, ni a las acciones externas que, o son positivamente buenas o verdaderamente indiferentes...Los actos puramente internos, como los pensamientos y deseos de cometer algún delito, sea el que fuere, aunque se tenga noticias de dichos actos, en ninguna manera deben castigarse, porque no resulta daño ninguno a la sociedad”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso...*(17), pp. 8 y 28. Beccaria limitó la noción de delito al daño ocasionado a la sociedad. BECCARIA, *De los delitos...*(13), p. 66.

⁴⁵ “...por ello aunque sea una culpa que Dios castiga, porque él es el único que puede castigar después de la muerte, no es un delito delante de los hombres, porque la pena, en lugar de recaer sobre el culpable, recae sobre su familia”. BECCARIA, *De los delitos...*(13), p. 124.

⁴⁶ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso...*(17), p. 23.

⁴⁷ MORESO, J, *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 324-325.

⁴⁸ “Las reflexiones precedentes me conceden el derecho de afirmar que la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación”. BECCARIA, *De los delitos...*(13), p. 64.

⁴⁹ “...es fácil señalar la verdadera medida y cantidad de las penas, pues cuanto mayor fuere el daño causado a la sociedad o a los particulares, mayor la libertad y conocimiento con que se hace...por el contrario cuanto disminuyeren esas circunstancias, tanto disminuirá el delito...la falta de conocimiento disminuye el delito...disminuye también la libertad y esto sucede cuando el ímpetu y fuerza de las pasiones es tanta que

La importancia que la religión ha jugado en las opiniones de nuestros autores se vislumbra en la clasificación que hicieron de los delitos. Así para Beccaria, los delitos se reducían a: aquellos que destruían a la sociedad o a quien la representaba, también llamados de lesa majestad, los delitos contra la seguridad privada del ciudadano como el hurto y el homicidio y los delitos contra la tranquilidad pública y contra la paz del ciudadano.⁵⁰ Por su parte para Lardizábal los delitos atentaban contra la religión, contra las costumbres, contra la tranquilidad y contra la seguridad pública o privada.⁵¹

Otras de las cuestiones debatida por los reformadores iluministas fue una nueva concepción de la pena. Esta ya no debía tener fines expiatorios y tampoco debía ser considerada como el modo por el cual se producía el restablecimiento del orden social vulnerado por el delito sino que debía ser entendida, con fines preventivos, como el medio utilizado para evitar la comisión de nuevos delitos. La pena, dijo el autor milanés, no puede ser para “atormentar o afligir a un ser sensible, ni impedir que un crimen ya cometido deje de serlo efectivamente”.⁵² Con igual criterio, Lardizábal afirmó que “las leyes criminales deben hacerse de modo que el que se determine a cometer un delito, tenga algún interés en no consumarle, en no cometerle”⁵³.

Ahora bien, es dable destacar que la pena fue entendida como una especie de última instancia en la prevención del delito, pues, para nuestros autores, la prevención debía hacerse primeramente perfeccionando la educación, evitando la corrupción de los jueces como ejecutores de las leyes, recompensando a quienes realizan acciones virtuosas.⁵⁴

En el nuevo concepto de pena propuesto por el iluminismo se debían cumplir con una serie de requisito. Al respecto ambos autores coincidieron en la primera condición: la legalidad.⁵⁵

El principio de legalidad significó que el delito así como la pena debían estar expresamente previstos por el legislador en leyes claras y precisas. La legalidad suponía dejar de lado no solo la ambigüedad de las antiguas leyes sino también la aplicación de instituciones jurídicas como el arbitrio judicial que permitían a los jueces aplicar penas que

ofusca el ánimo...debe tenerse en consideración a la edad y el sexo porque uno y otro influyen en el conocimiento” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*(17), pp. 23-27.

⁵⁰ BECCARIA, *De los delitos...*(13), pp. 66-68 y 71.

⁵¹ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*(17), p. 11.

⁵² Agrega Beccaria que “el objeto de los castigos no es otro que el de impedir al reo que vuelva a dañar a la sociedad y el de retener a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos”. En un sentido semejante se expresó Filangieri al entender que “ni la venganza de la ofensa hecha a la sociedad, ni la expiación del delito son los objetos de las penas; su objeto no puede ser sino impedir que el delincuente haga otros daños a la sociedad y retraer a los demás de imitar su ejemplo”. PIETRO SANCHIS, *El derecho penal...*(1), p. 46.

⁵³ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*(17), p. 13.

⁵⁴ Beccaria consideró que una pena era injusta mientras que no se hubiera utilizados remedios para prevenirla. Además entendió que: “Es mejor prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación“. “¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las luces acompañen a la libertad...Otro medio para prevenir los delitos consiste en interesar al consejo ejecutor de las leyes más en su observancia que en su corrupción...Otro medio de prevenir los delitos es el de recompensar la virtud ¿por qué los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano no multiplicarían igualmente las acciones virtuosas?...Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de prevenir los delitos consiste en perfeccionar la educación, objeto demasiado vasto y que supera los límites que me he impuesto”. BECCARIA, *De los delitos...*(13), pp. 120 y 137-143.

⁵⁵ “La primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos” BECCARIA, *De los delitos...*, (13), p. 56. En igual sentido se expresó Lardizábal al entender que “La última cualidad que hemos dichos deben tener las penas, es ser dictadas por la misma ley. Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*(17), p. 16.

no estaban previstas en el ordenamiento legal.⁵⁶ Para el siglo XVIII, una pena aplicada por un magistrado que fuese mayor a la prevista en la ley era una pena injusta.

El siglo XVIII consideró que las penas debían cumplir con otra característica: la utilidad. Siguiendo a Bentham “*La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos maestros soberanos, el dolor y el placer. Ellos determinan tanto lo que debemos hacer como lo que hacemos. El sentido de lo correcto e incorrecto...está sujeto a su trono*”.⁵⁷ La afirmación de Bentham significó que una acción estaba sujeta al principio de utilidad cuando aumentaba la felicidad del hombre o de la sociedad y era inútil cuando minimiza dicha felicidad.

Trasladado este esquema de pensamiento jurídico penal, la utilidad fue pensada para medir la relación entre el delito y la pena. En consecuencia, el delito fue visto en términos de especulación, es decir entre los beneficios obtenidos por su comisión y los costos que el delincuente debía soportar y la pena fue considerada solo en la medida que permitía compensar el beneficio obtenido con la comisión del delito. Como consecuencia, la pena era inútil cuando no servía para convencer al delincuente de no que cometa el delito ya sea porque fuere infundada, ineficaz, desmesurada o innecesaria.⁵⁸

La idea de que la pena debía ser útil se tradujo en otra característica: la proporcionalidad con el delito que castigaba. Este principio, al cual se adhirieron tanto Beccaria como Lardizábal⁵⁹, suponía que solo se debía castigar exactamente lo bastante como para impedir la comisión del delito. La pena debía ser la menos arbitraria posible, debía disminuir el deseo de delinquir y tener como límite la humanidad. Los hombres, aún su carácter de delincuentes, debían ser tratados humanamente. Por ello las penas debían ser moderadas, debían representar el castigo impuesto por la sociedad y ya no debían ejecutarse sobre el cuerpo del delincuente a través de los suplicios.⁶⁰

Finalmente los autores coincidieron que la utilidad de la pena también se lograba si su ejecución se hacía de forma rápida⁶¹ e infalible.⁶²

⁵⁶ SAINZ GUERRA, *Evolución del derecho...*,(23), p. 231. “Si se dejase a su arbitrio imponer penas, el derogarlas o alterarlas, se causarían innumerables males a la sociedad. La suerte de los ciudadanos sería siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuestos al capricho, a la malicia, a la ignorancia y a todas las pasiones que pueden dominar a un hombre”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso...*,(17), p. 16.

⁵⁷ MORESO, J, *La teoría...*,(48), p. 40.

⁵⁸ Foucault explica este proceso diciendo que “Este juego de signos debe apoyarse en el mecanismo de las fuerzas: disminuir el deseo que hace atractivo el delito, aumentar el interés que convierte a la pena en algo temible, invertir la relación de las intensidades, obrar de modo que la representación de la pena y de sus desventajas sea más viva que la del delito y sus placeres” FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*,(26), p. 123.

⁵⁹ “Así pues, más fuertes deben ser los obstáculos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son más contrarios al bien público, y en proporción a los estímulos que les impulsan a someterlos. Debe haber, pues, una proporción entre los delitos y las penas. Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor, cuando éste les acaree mayores ventajas” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp. 61-64. “Lo cierto es que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad...esta igualdad es la que llamamos proporción entre la pena y el delito es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principal nervio de toda buena legislación criminal”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 12.

⁶⁰ “Deben ser elegidas, por tanto, aquellas penas y aquella manera de infligirlas que, guardando la proporción debida, provoquen una impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la que menor atormente el cuerpo del reo” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 73.

⁶¹ “Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa...Débense excusar por consiguiente, en cuanto sea posible, las aflicciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 15. “Cuanto más pronta y más próxima al delito cometido sea la pena, tanto más justa y más útil será. Digo más justa porque evita al reo los inútiles y crueles tormentos de la incertidumbre”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 89.

⁶² “Pero no bastará la prontitud en la pena, para que produzca buenos efectos, si al mismo tiempo no es irremisible, que es la otra cualidad que debe tener. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser

Nuevo concepto de la ley penal

Los pensadores iluministas plantearon la necesidad de una revisión de la legislación y proclamaron los nuevos criterios que debían cumplir las leyes penales. En su *Mémoire pour la reformation de la justice*, escribió Daguessau que “*Se trata de reformar las leyes antiguas y de hacer nuevas, de reunir unas y otras en un solo cuerpo de legislación, a fin de que quienes quieran adquirir ciencia del derecho...cuenten con una especie de código que sea el objeto fijo y cierto de aplicación*”.⁶³

Las leyes penales debían tener un origen racional, evitar el casuismo que caracterizaba a la legislación del antiguo régimen. Además debían ser pocas, claras, publicadas para que cada uno puede tener acceso a ellas⁶⁴ e incorporables a cuerpos sistemáticos. En ella se debían tipificar todas las conductas que la sociedad consideraba como delitos con sus respectivas penas poniendo fin a la costumbre, a la tradición y al arbitrio judicial.

Al pretender que las leyes fueren claras y que no tuvieran margen de duda, ambos autores se expresaron a favor su interpretación limitada y restrictiva.⁶⁵ Sin embargo, existió una diferencia entre Beccaria y Lardizábal en cuanto al límite que debía tener en esta tarea. Mientras que para el primero, la interpretación de las normas solo debía quedar en manos del legislador y, en consecuencia, resultaba peligroso apelar al axioma que establecía la necesidad de consultar el espíritu de la ley y permitía al juez hacerlo al momento de juzgar, para el segundo, no existía tal peligrosidad. Al contrario, afirmaba que era necesario permitirle al juez recurrir al Príncipe y no valerse de su prudencia para juzgar.⁶⁶

infalliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aún cuando las penas sean moderadas. Por el contrario la esperanza de la impunidad es un incentivo para el delito” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 15. “Uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, y en consecuencia tanto la vigilancia de los magistrados como la severidad de un juez inexorable debe ir acompañada, para ser una virtud útil, de una legislación suave. La certidumbre de un castigo, aunque sea moderado, causará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 101.

⁶³ Citado en ZULETA PUCEIRO, Enrique, “La noción de ley en el Iluminismo”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 186.

⁶⁴ “Vemos con ello cuán útil es la imprenta, que convierte al público, y no a unos pocos, en depositarios de las santas leyes...” BECCARIA, *De los delitos...*,(13),p. 61. “La sabia y prudente determinación de estas leyes es muy conforme a la razón y a la equidad...es preciso que el legislador oportunamente subrogue nuevas leyes a las que el transcurso del tiempo ha enervado y dejado sin uso. Esta fue la causa de que se hiciese la Nueva Recopilación, y esta misma está pidiendo, que por la potestad legítima se reforme nuestra jurisprudencia criminal, fijando las penas, que parecieren convenientes al estado y circunstancias actuales, con toda claridad y precisión, para quitar de esta suerte, en cuanto sea posible, el arbitrio de los jueces.” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso...*,(17), pp. 17 y 19.

⁶⁵ “Si es un mal la interpretación de las leyes, no lo es menos evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor si las leyes están escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en dependencia de unos pocos...Cuanto mayor fuera el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el sacro código de las leyes tanto menos frecuentes serán los delitos...”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 60.

⁶⁶ “Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón de que no son legisladores...No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común que establece la necesidad de consultar el espíritu de la ley...El espíritu de la ley sería pues el resultado de la buena o mala lógica del juez, de su buena o mala digestión, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido”. El juez debía limitarse a “establecer un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o la pena”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 58. En cambio, Lardizábal entendió “No creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marqués de Beccaria, el axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley...cuando la ley es oscura, cuando atendidas sus palabras, se duda prudentemente, si la intención del legislador fue incluir en ella o excluir el caso particular de que se trata, y que no está expreso en las palabras, entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para

La pena de muerte

Una atención especial merece el problema de la pena de muerte, no solo por los debates que se generaron en el siglo XVIII sino porque los pensadores iluministas son considerados como representantes de abolicionismo de esta pena.

La muerte fue la pena más grave que reconoció el derecho penal en el antiguo régimen y la que mejor representaba el valor expiatorio e intimidatorio. Ya el derecho romano la admitía para algunos crímenes como el adulterio, según una ley del propio Rómulo, la violación al deber de castidad que debían cumplir las vestales (Plutarco, Numa 10.8.13), el crimen de traición (D XLVIII.4.3) entre otros, y, de allí, se trasladó a otros cuerpos legales del derecho castellano⁶⁷ Algunos autores de los siglos XVI y XVII fueron partidarios de su uso para casos considerados incorregibles y excepcionales, tal como lo explicó Alfonso de Castro con la siguiente metáfora “*Cuando un médico quiere sanar y curar a un enfermo, no amputa sin más ni más aquel miembro malo porque perjudica de algún modo al organismo, a no ser que aquél esté ya tan podrido o tan desecho que con razón se tema que su contacto ha de dañar a los demás*”⁶⁸ y Castillo de Bovadilla al decir que “*Assi soy de parecer, decía, en lo arbitrario, no execute pena de muerte, ni en lo que traspasare el rigor de la ley...: y aunque el reo estuviese convicto y confesso miraría mucho, y aún dudaría de tal execución sin consulta de los superiores*”.⁶⁹

La pena de muerte fue una manifestación de la violencia que se proyectaba sobre el cuerpo del delincuente y que se llevaba a cabo a través de un espectáculo público que iba precedido del suplicio. Un tratado del siglo XVIII describía que “*unos podían ser condenados a ser ahorcados, otros a que les corten la mano o la lengua o a que les taladren ésta y los ahorquen a continuación; otros, por delitos más graves, a ser rotos vivos y a expirar en la rueda ...otros a ser quemados tras haber sido previamente estrangulados*”.⁷⁰

Sin embargo, no debemos engañarnos y pensar que esta pena y los suplicios que la precedían eran una práctica cotidiana y frecuente. Por el contrario en muchos casos la clemencia, el perdón real y el arbitrio judicial obraron casi siempre en sentido favorable a los reos evitándoles la efectiva ejecución de esta pena.⁷¹

Para la segunda mitad del siglo XVIII, los reformadores iluministas generaron un debate en torno a la procedencia o no de la pena de muerte mostrando posiciones encontradas. Repasemos algunos autores. Uno de ellos fue Philipon de la Madelaine, quien,

determinar, aunque parezca justo, sino recurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene repetidas veces en nuestras leyes. Pero cuando las palabras de la ley manifiestan la intención del legislador, aunque no la expresen literalmente, entonces, no solo puede, sino debe el juez aplicar la ley general al caso particular, aunque no se exprese en las palabras”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 18.

⁶⁷ El derecho castellano admitió la pena de muerte para delitos como la traición (P VII.2.2), el homicidio agravado (P VII.8.2), el rapto con violación (FR IV.10.1), el hurto en la Iglesia o el cometido por el juzgador que roba maravedis del Consejo (P VII.14.18), quien cometía de forma reiterada el abigeato (P VII.14.19), el adulterio (P VII.17.15) la violación de la mujer soltera, de buena fama, virgen o religiosa (P VII.20.3), la sodomía (P VII.21.2), el cristiano que se convertía en judío (P VII.24.7) la herejía (P VII.26.2).

⁶⁸ SAINZ GUERRA, *Evolución del derecho...*,(23), p. 274.

⁶⁹ CASTILLO DE BOVADILLA, J, Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y de guerra. Citado en SAINZ GUERRA, *Evolución del derecho...*, (23), p. 274.

⁷⁰ SOULATGE, J, Traité des crimes. Citado en FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*,(26), p. 41.

⁷¹ LEVAGGI, Abelardo, “La clemencia, contrapeso del terror, en el derecho penal castellano-indiano”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, 5, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 793. En 1795, el alcalde ordinario de segundo voto de la ciudad de Córdoba, Marcelino Moyano, tras un proceso sustanciado en rebeldía, podía desoír el podía la pena de muerte y fallaba la causa imponiendo al reo la pena de cuatro años de destierro en uno de los presidios de la frontera siempre que fuera arrestado. Citado en AGÜERO, *Castigar y vigilar...*,(36), p. 156.

en su trabajo titulado “Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitale” de 1770, se mostró a favor de la abolición de la pena de muerte por los siguientes motivos: resultaba irreparable frente a un error judicial, promovía la impunidad de los delitos pues nadie se atrevería a denunciar al reo, era cruel y no generaba la recuperación del delincuente. Como consecuencia de ello, proponía sustituirla por otras penas como la compensación pecuniaria, trabajos forzados o la deportación. La figura de Jean P. Marat también se asoció al debate sobre la pena de muerte. En su “Plan de Legislación Criminal”, compuesto entre 1777 y 1779, el autor se expresó a favor de la pena capital para situaciones muy especiales como el homicidio premeditado y las conspiraciones contra la constitución. Brissot de Warville, en su “Theorie des lois criminelles”, expuso una posición abolicionista. Consideró que la pena de muerte no era un derecho de soberano y, además, era inútil para la sociedad puesto que con su ejecución el Estado perdía a un ciudadano.

Analizando específicamente a Beccaria, este autor comenzó su exposición entendiendo a la pena de muerte como una “*inútil prodigalidad de suplicios que nunca ha mejorado al hombre*”⁷², como una atrocidad y un espectáculo inolvidable para el resto de los hombres.

Siguiendo el criterio contractualista, afirmó que era imposible que los hombres le hayan cedido al soberano el derecho de quitarles la vida, es decir que, entre las mínimas porciones otorgadas no se encontraba este bien.⁷³ Esta afirmación permite vislumbrar que el autor se mostró a favor de la abolición de la pena de muerte, sin embargo, inmediatamente, ratificó su postura alegando que en el acto de constitución de la sociedad no había sido posible la cesión de este derecho, simplemente, porque no era tal sino que era una guerra de la nación contra el ciudadano.

Para justificar esta noción Beccaria introdujo un fundamento utilitarista: la necesidad. El soberano podía, según Beccaria, provocar la muerte de un hombre “*porque estima necesaria o útil la destrucción de su ser*”.⁷⁴

La utilidad era admitida en dos supuestos: cuando el ciudadano, aún privado de su libertad, podía comprometer la seguridad de la nación y cuando su muerte fuese el verdadero y único medio para apartar a los demás de cometer delitos, aún cuando estuviere vigente un estado derecho.⁷⁵

Beccaria hizo, además, otras apreciaciones a favor de la utilización de la pena de muerte. Consideró que muchos la contemplaban con expresión tranquila y firme, que no era la intensidad de la pena lo que ocasionaba mayor efecto sino su duración y que era absurda para delitos como el homicidio.⁷⁶

Estas afirmaciones le sirvieron a Lardizábal, unos años más tarde, para criticar las justificaciones propuestas por Beccaria por considerarlas contradictorias, falsas y débiles.

⁷² BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 103.

⁷³ “¿Qué derecho pueden atribuirse los hombres para matar cruelmente a sus semejantes? ¿Hay alguien que haya querido dejar a los demás hombres el derecho de quitarle la vida? ¿Cómo es posible que entre el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno pueda incluirse el mayor de todos los bienes, la vida?”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp.103-104.

⁷⁴ BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 104.

⁷⁵ “¿Qué derecho pueden atribuirse los hombres para matar cruelmente a sus semejantes?...la pena de muerte no es un derecho, ya que he demostrado que no puede serlo, sino que es una guerra de la nación contra un ciudadano porque estima necesaria útil la destrucción de su ser. La muerte de un ciudadano solo puede considerarse necesaria por dos motivos. El primero cuando aún privado de su libertad siga teniendo tales relaciones y tal poder que comprometa la seguridad de la nación, cuando existencia pueda producir una peligrosa revolución en la forma de gobierno establecida”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp. 103-104.

⁷⁶ “No es la intensidad de la pena lo que ocasiona el mayor efecto sobre el ánimo humano, sino su extensión...La pena de muerte produce una impresión que con su fuerza no evita el pronto olvido” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 105.

Específicamente, Lardizábal cuestionó la utilización del fundamento contractualista preguntándose cómo era posible que, si los hombres le daban al soberano mínimas porciones de sus derechos, le hubieran cedido el derecho en relación al bien más importante que tenían: la vida. La respuesta de Lardizábal se fundamentó en que, sin perjuicio de la existencia del contrato, era el soberano quien tenía un poder supremo para elegir los medios conducentes para ejercer el gobierno.⁷⁷ Este poder superior del monarca era lo que le permitía quitarle la vida a un hombre siempre que sea necesario para el bien de la república.

Lardizábal también se mostró a favor de la utilización de la pena de muerte, con un criterio utilitarista, siempre que fuera con moderación, prudencia y solo para aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria.⁷⁸ También la consideró como un freno muy poderoso para cometer delitos, aún mayor que la esclavitud perpetua porque generaba en los hombres una impresión que no se olvida. Afirmó que, según su naturaleza, no era injusta, ni iba contra el derecho natural, ni contra el bien de la sociedad.⁷⁹

Vemos pues que el iluminismo no fue un movimiento que se haya expresado, de forma unánime, a favor de la abolición de la pena de muerte. Por el contrario, sus máximos representantes pensaron que debía mantenerse solo en los casos de extrema utilidad para la sociedad. En este sentido, la modificación propuesta fue la reducción de su aplicación y la eliminación de los suplicios y las técnicas inhumanas llevados a cabo para su ejecución.⁸⁰

El tormento

Otro de los temas que fue objeto de severas críticas por parte de los ilustrados giró en torno a la utilización del tormento en el procedimiento judicial. Un diccionario del siglo XVIII definía al tormento como aquel “*medio peligroso para llegar al conocimiento de la verdad*”.⁸¹ A través de la aplicación del tormento, se obtenía, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se perseguía o de otros que haya cometido, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al delito.

La utilización de la tortura estaba relacionada con a) el carácter inquisitivo que tenía el procedimiento en el antiguo régimen, que permitía a los jueces tomar la iniciativa en la averiguación de la verdad en cuanto a la comisión del delito, y b) la valoración que se

⁷⁷ “Pero supuesta la voluntad o elección de los hombres, la potestad y el derecho de gobernar y la facultad de escoger los medios conducentes para ello viene de Dios...tienen pues las supremas potestades una superioridad legítima sobre todos los ciudadanos que componen la república. Tienen pues las supremas Potestades una superioridad legítima sobre todos los ciudadanos que componen la república, dimanada ya de consentimiento de los hombres, ya de la disposición divina; pero que los hombres no pueden revocar. ¿Y cómo se podría salvar esta superioridad, si el inferior pudiese restringir y moderar las facultades del superior?”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), pp. 39-40.

⁷⁸ “La pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que es necesario cortar un miembro para conservar el cuerpo”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 38.

⁷⁹ “Ultimamente la pena capital mirada en sí misma, y según su naturaleza, ni es injusta, ni va contra el derecho natural, ni contra el bien de la sociedad como pretende Mr Brissot”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17),p. 40.

⁸⁰ Foucault lo explica en los siguientes términos “Entre tantas modificaciones, señalaré una: la desaparición de los suplicios...A fines del siglo XVIII, y en los comienzos del XIX, a pesar de algunos grandes resplandores, la sombría fiesta punitiva está extinguiéndose...El ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra”. “Se acabaron aquellos suplicios en los que el condenado era arrastrado sobre un zarzo, en los que se le abría el vientre, arrancándole las entrañas apresuradamente, para que tuviera tiempo de ver, con sus propios ojos...La reducción de estas mil muerte a la estricta ejecución capital define toda una nueva moral propia del acto de castigar”. FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*,(26), pp. 17 y 21.

⁸¹ FERRIERE, Dictionnaire de pratique. Citado en FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*,(26), p. 50.

hacía de la prueba de confesión. En efecto, este medio de prueba era considerado como la *probatio probatissima* ya que lograda la confesión, se tenía por probado el delito y, en consecuencia, se entendía haber llegado a la verdad buscada.⁸² En un alegato llevado a cabo contra un negro, acusado de homicidio en 1771, se consideró que estaba plenamente probado el delito “*aunque no hubiera mas información que la declaración de dicho reo pues confesión de parte releva la prueba por lo que pido que con la maior brevedad posible se le de y aplique la pena condigna capital*”⁸³

Además el tormento fue visto como una suerte de castigo por ocultar la presunta verdad que se vislumbraba con los indicios previos que existían contra el reo. Un autor del siglo XVIII, como Villanova y Mañes, destacó que le correspondía al tormento obtener la verdad y “*castigar la culpa con este género de pena, en cuanto se purga o satisface la que arroja el indicio*”.⁸⁴

El tormento se trataba de una práctica reglamentada que obedecía a criterios bien definidos: los momentos de su duración, los instrumentos utilizados, la longitud de las cuerdas y peso de cada pesa utilizada así las intervenciones del magistrado se hallaban perfectamente establecidos. Un práctico del siglo XVII nos muestra las técnicas del tormento “*Que sean puestos y atados los pies y manos en el potro del tormento, y le sean dados en cada pierna dos garrotes, uno en el muslo, y otro en la caña de la pierna, de la rodilla a bajo, y otros dos garrotes en cada brazo, el uno en el morzillo del brazo, y el otro del codo abaxo, de manera que sean ocho los garrotes. Y más dixo, que mandava y mando, que le fuesen hecados por la boca, y narizes, quatro quartillos de agua, sobre un toca delgada, metida parte della en la boca, de manera que el agua pueda entrar dentro de la boca*”.⁸⁵

En definitiva, bajo la aparente búsqueda de la verdad se reconoció en la tortura el mecanismo reglamentado de una prueba: un reto físico que decidía en cuanto a la verdad; si el torturado era culpable, los sufrimientos no eran injustos y si era inocente, era un signo de disculpa.

Michel Foucault explica que para fines del siglo XVIII y comienzos del XIX el gran espectáculo de la pena física desapareció, se disimuló el cuerpo supliciado y se excluyó el castigo del aparato teatral del sufrimiento, entrando en una era de sobriedad punitiva.⁸⁶

En este marco de ideas, sumado a la reivindicación de los principios de legalidad y proporcionalidad y humanización de las penas, no es de extrañar que la crueldad de los métodos utilizados para llevar a cabo la tortura motivó la crítica de los iluministas quienes, prácticamente de forma unánime, se alzaron contra su utilización. Así por ejemplo para Brissot de Warville, la tortura “*es una intervención de la tiranía*”, para Sonnenfels “*la idea de la tortura está unida esencialmente a la idea de la fuerza y de la violencia...demuestra únicamente que no ha podido resistir a los tirones, a las compresiones, a los martirios de todo tipo. y la vehemencia del dolor hace*

⁸² Ya lo decían las Partidas “Tormento es una manera de prueba que hallarolos que fueron amadores de la justicia, para escudriñar y saber la verdad por él de los malos hechos que se hacen encubiertamente y no pueden ser sabidos, ni probados por otra manera” (P VII.30.1).

⁸³ AHPC.C.31,11, 1771. En otro proceso llevado a cabo en 1736, el fiscal destacaba el valor de la confesión del reo al entender que “si confesión de parte releva de prueba, no ya tengo mas que alegar sino su propia confesión y que a mayor abundamiento y para mayor justificación la ratifique”. Citados en AGÜERO, *Castigar y perdonar...*,(36), p. 361.

⁸⁴ VILLANOVA Y MANES, S, *Materia Criminal Forense o Tratado Universal teórico práctico de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, 1807. Citado en AGÜERO, *Castigar y perdonar...*,(36), p. 368.

⁸⁵ MONTERROSO Y ALVARADO, G, *Práctica civil y criminal e Instrucciones de Scrivanos*, 1563. En AGÜERO, *Castigar y perdonar...*,(36), p. 378.

⁸⁶ FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*,(26), p.23.

hablar el lenguaje de la verdad? ”⁸⁷, según Verri “ *Con el nombre de tortura no entiendo una pena impuesta por sentencia a un reo, sino, más bien, la pretendida investigación de la verdad mediante tormentos...la tortura es por sí misma una cosa sumamente cruel, que es terrible la facilidad con que se puede hacer sufrir según el capricho de un solo juez*”⁸⁸

Voltaire tampoco se mostró a favor de la tortura “*La ley todavía no los ha condenado y ya se les inflige, en la incertidumbre de su crimen un suplicio mucho más espantoso que la muerte que se les dicta cuando la seguridad de que la merecen ¡Cómo! ¿Ignoro todavía si eres culpable, y debo torturarte para saberlo? ¿Y si eres inocente, no expiaré las mil muertes que te he hecho sufrir...?*”⁸⁹ “*La tortura no es más espantosa que útil...jamás sirve para descubrir la verdad, sino que sirve para ocasionar inútilmente la muerte más prolongada y dolorosa*”⁹⁰

En sentido contrario, se encontraba a favor de su uso Ferdinando Facchinei, quien, en 1765, escribió un opúsculo con el nombre “*Notas y observaciones sobre el libro titulado De los delitos y de las penas*”, en el cual expuso “*Me atrevo ahora a vanagloriarme de haber demostrado que el uso de la tortura no es injustamente cruel e inútil, y que las razones y los inconvenientes imaginados por nuestro autor para probar lo contrario no son decisivos*”.⁹¹

¿Cuál fue la opinión de Beccaria? Desechó por completo la utilización de la tortura porque la consideró una crueldad consagrada y un abuso que no podía ser tolerado en el siglo XVIII. Era un método infalible para absolver a los malvados robustos y condenar a los inocentes débiles además de ocasionar una infamia a quien la padecía aún cuando se consideraba que era un método que borraba la infamia.⁹²

Entendía que era un método que hacía desaparecer las diferencias entre los inocentes y culpables pues, ante el dolor, hubo inocentes que se confesaron culpables.⁹³ Comparó la tortura con los antiguos juicios de Dios y las ordalías en los cuales se usaban las pruebas del fuego y del agua hirviendo, métodos que de ninguna manera podían ser aceptados en el pensamiento racionalista del siglo XVIII.⁹⁴ Consideró que tampoco servía para descubrir a los cómplices del delito pues el hombre, sometido a tormento, acusará a otros con mayor facilidad.⁹⁵

⁸⁷ BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 295.

⁸⁸ VERRI, P, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 73.

⁸⁹ El fragmento forma parte del comentario que Voltaire hizo a la obra “*De los delitos y de las penas*” en 1766. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp. 249-250.

⁹⁰ Fragmento del escrito titulado Premio de la justicia y de la humanidad, publicado en Ginebra en 1778.

⁹¹ BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 221.

⁹² “Es una crueldad consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones la tortura del reo mientras se desarrolla el proceso. Este es un medio infalible para absolver a los a los malvados robustos y condenar a los inocentes débiles. He ahí los fatales inconvenientes de este supuesto criterio de verdad” “Otro ridículo motivo de la tortura es la purga de la infamia, o sea, un hombre considerado infame por las leyes debe confirmar su deposición con el dislocamiento de sus huesos...La misma tortura ocasiona una infamia real a quien la padece”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp. 80-82.

⁹³ “Una extraña consecuencia que deriva necesariamente del empleo de la tortura es que el inocente se halla en peor condición que el reo; porque si se aplica a ambos el tormento, el primero tiene contra sí todas las combinaciones pues o confiesa el delito o es condenado, o es declarado inocente y ha sufrido una pena indebida...pero el reo tiene una circunstancia que le favorece, o sea cuando resistiendo a la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 85.

⁹⁴ “Este infame crisol de la verdad es un monumento superviviente de la antigua y salvaje legislación, cuando eran llamados juicios de Dios las pruebas del fuego y del agua hirviendo y la azarosa suerte de las armas”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 82.

⁹⁵ “Por último, se tortura a un acusado para descubrir los cómplices de su delito; pero si se ha demostrado que no es un medio oportuno para descubrir la verdad, ¿cómo podrá servir para desvelar los cómplices...El hombre que se acusa a si mismo acusará con mayor facilidad a los demás”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 86.

Lardizábal también se expresó en contra de la utilización de la tortura a la cual calificó como una gravísima pena y no un medio probatorio.⁹⁶ En consecuencia, entendió que no podía imponerse el tormento si el delito estaba probado pues era cruel e innecesario lograr la confesión de lo ya sabido y tampoco si el delito no estaba probado pues nadie puede recibir una pena sin haber sido condenado, es decir cuando aún se dudaba si era culpable o no.⁹⁷

Además se aprovechó de una justificación utilitarista: si el fin de la tortura fue lograr la confesión pero, al mismo tiempo, se entendía que la confesión, hecha bajo tormento, solo era valorada en caso de que el reo ratificara sus dichos fuera del tormento debiendo ser absuelto en caso de no hacerlo, entonces, la tortura era un medio infalible para conocer la verdad y, en consecuencia, inútil.⁹⁸

Coincidió con Beccaria en que el tormento no servía para descubrir a los cómplices, ni purgaba la infamia, que era una prueba muy falible pues mentía quien podía sufrir el dolor y también el que no podía soportarlo.⁹⁹

Opiniones sobre otras penas

Además de las opiniones sobre la pena de muerte y la tortura que, quizás, despertaron y aún lo hacen, el mayor interés, tanto Beccaria como Lardizábal expusieron algunas consideraciones en torno a otros tipos de penas.

Una de ellas fue la pena de infamia. Esta pena tenía por objeto sacrificar la fama o el honor de la persona condenada reflejándose en la supresión de determinados derechos. Lardizábal la definió diciendo que era “*una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quien vive: una excomunión civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración, y rompe todos los vínculos civiles, que le unía a sus conciudadanos*”.¹⁰⁰ Era una lesión en el patrimonio moral y jurídico del condenado que afectaba sus relaciones con el poder público y con la sociedad. En algunas ocasiones, la infamia acompañaba a penas más graves como era la pena de muerte; en otras ocasiones la infamia se exteriorizaba marcando alguna parte del cuerpo del condenado con fuego candente.

La pena de infamia fue utilizada en el derecho romano para delitos como las injurias, los hurtos y la usura (C II.12.1-16). En el derecho visigodo y en el castellano apareció como pena accesoria para delitos como el homicidio, la violación, el falso testimonio (LI II.4.1; P VII.6.2; P VII.6.5). Lardizábal y Beccaria no se opusieron de un modo contundente a la aplicación de esta pena. El primero la consideró como “*una pena terrible*” pero que, aplicada con tino y discreción, podía evitar muchos males y, hasta, muy útil para

⁹⁶ “Pero como estoy íntimamente persuadido de que el tormento es una verdadera y gravísima pena” LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 57.

⁹⁷ “Si el tormento se mira como una pena, no hay caso alguno en que pueda imponerse. No cuando el delito está plenamente probado, pues sería una tiranía cruel atormentar a un hombre solo por saber de su boca lo que está legítimamente averiguado...Tampoco puede imponerse el tormento, si se reputa pena, cuando el delito no está probado, porque las leyes y la misma razón prohíbe que se puede imponer pena a un hombre mientras se duda si es reo o inocente”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), pp. 58-59.

⁹⁸ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 60.

⁹⁹ “Es una prueba muy falible, porque como dice Quintiliano, mentirá en el tormento el que puede sufrir el dolo, y mentirá también el que no lo puede sufrir...el tormento no es oportuno para descubrir el delito propio y menos el ajeno porque...mejor obligará mentir contra otro...Además de que la tortura misma acarrea una infamia verdadera al que la padece, y así viene a ser el tormento un crisol en que se purga la infamia con la infamia misma...además de que la tortura no está tan autorizada por nuestras leyes como vulgarmente se cree”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), pp. 59-63.

¹⁰⁰ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 52.

delitos que se fundan en el orgullo y fanatismo¹⁰¹ y Beccaria entendía que era una pena que debía utilizarse para los casos de injuria y su aplicación debía ser moderada y no a un número muy amplio de personas.¹⁰²

Otra de las penas que mereció el comentario de nuestros autores fue la pecuniaria. La utilización de la pena pecuniaria se encuentra en las legislaciones desde los tiempos del derecho romano. Incluso, para la época de la recepción de código de Justiniano en el siglo XII, el conflicto originado por la comisión de un delito se resolvía mediante el pago de una composición.

El pensamiento iluminista se mostró crítico con este tipo de pena pues imponía una desigualdad entre quienes tenían recursos económicos para pagarla y quienes no. Tanto Beccaria como Lardizábal acordaron en que la pena pecuniaria ha sido utilizada para la mayoría de los delitos. Sin embargo, ninguno vio con buenos ojos tal aplicación pues podía transformar al juez en enemigo del reo, podía convertir al estado en juez y parte ya que la ejecución de la pena era un juicio entre el estado y el reo.¹⁰³

En cuanto a la pena privativa de libertad, la misma consistía en la reclusión del delincuente en un establecimiento cerrado de carácter público o privado. Encontramos disposiciones al respecto de la época de Constantino en las cuales se indicaron cómo debían permanecer los presos en ellas. (C. IX.4.1) También existieron en la Edad Media las cárceles privadas ante la ineficacia que tenía el monarca de tener las suyas.

La privación de libertad del reo no fue entendida, hasta el siglo XVIII, como una pena sino como una medida con finalidad preventiva que se adoptaba hasta que los reos fuesen juzgados. Disponían Las Partidas que “*la cárcel no es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tan solamente en ellas, fasta que sean juzgados?*” (P. VII.31.4).

Para el siglo XVIII comenzó a producirse un viraje decisivo a favor de la utilización de la prisión como pena para la mayoría de los delitos ante tendencia de que la pena de muerte deba ser sustituida. Sin embargo no va a ser hasta el siglo XIX cuando la prisión se consolidó como la pena por excelencia utilizada para la represión de los delitos.

En el caso de nuestros autores, ambos la consideraron como una pena grave teniendo en cuenta el estado en que se encontraban las cárceles y los abusos y malos tratos que debían padecer quienes se encontraban en ellas.¹⁰⁴

Finalmente nuestros autores se expresaron sobre la pena de confiscación. La pena de confiscación era la pena patrimonial más grave. En el derecho romano y en el visigodo era una pena que se aplicaba, en general, para delitos políticos como la traición (Nov. XVII.12,

¹⁰¹ LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), pp. 52-53.

¹⁰² “Las injurias personales...deben ser castigadas con la infamia...Las penas infamatorias no deben ser demasiados frecuentes ni aplicarse sobre un gran número de personas”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 95. “Por tanto la pena de infamia no debe imponerse con demasiada frecuencia, porque los efectos reales de las cosas que consisten en opinión, siendo demasiado continuos, debilitan sobre muchas personas a un tiempo, porque la infamia de muchos se resuelve en no ser infame ninguno”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 53.

¹⁰³ “Un legislador prudente...no castigará todos los delitos con penas pecuniarias, ni las excluirá enteramente de su legislación...es fácil conocer que las penas pecuniarias pueden servir, muchas veces, para castigar oportunamente y contener cierto género de excesos”.LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 54. “El juez se convierte en enemigo del reo...no busca la verdad del hecho sino que busca en el prisionero el delito...” BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 87.

¹⁰⁴ “...por la privación de la libertad y por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ella, puede contarse entre las penas corporales afflictivas; y si se atiende a las vejaciones y malos tratamientos...deberá reputarse por una de las penas más graves”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p.49. “...porque la prisión es más un suplicio que una custodia del reo y porque la fuerza interior, tutora de las leyes, está separada de la exterior”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 112.

Nov CXXVIII.13 y LI XII.1.2). Fue recogida en la época de la recepción y utilizada con asiduidad por los monarcas castellanos para delitos como la traición (P VII.2.2), el delito de falsedad (P VII.7.6), el adulterio (P VII.17.15) y homicidio (P. VII.8.15).

La pena de confiscación de bienes estuvo reprobada por Lardizábal y Beccaria por entender que la utilidades que podían obtenerse de ella eran menores que los perjuicios que ocasionaba y por considerarla una pena incompatible con el suave gobierno que debía ejercer la monarquía.¹⁰⁵

Algunas cuestiones procesales

Hacia el siglo XVI, el procedimiento penal previsto en las Siete Partidas había sido desplazado por uno de naturaleza mixta que combinaba las características de acusatorio e inquisitivo y que brindaba al juez una base de acción mucho más amplia que la que tenía. En la práctica judicial, especialmente de los altos tribunales, este esquema significó que las formalidades quedaran relajadas y simplificadas. Las ordenanzas de 1530 para corregidores y alcaldes mayores indianos dieron cuenta de este criterio al disponer que *“en los pleitos de entre indios o con ellos no se de lugar a que se hagan procesos ordinarios ni haya largas, sino que sumariamente sean determinados...y en los pleitos que hubiere entre personas particulares de los indios, se proceda en ellos de palabra sin haber escrito proceso”*. Las Leyes Nuevas de 1542 disponían que *“no den lugar a que en los pleitos entre indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni aya largas, como suela acontecer...sino que sumariamente sean determinados”*.¹⁰⁶

Por otra parte, este nuevo procedimiento daba amplio margen de acción al juez quien debía llegar a la verdad material, al conocimiento de lo realmente ocurrido para lo cual tenía la potestad de asumir la iniciativa de la investigación, independientemente de la denuncia de la parte ofendida, de aprehender al acusado y de utilizar los medios de pruebas necesarios para conocer la verdad y dictar sentencia.

Entre las nuevas funciones que debían asumir los jueces, se destacó el cambio en el criterio para valorar las pruebas. Sabemos que en el *ius commune* se preveía el sistema de pruebas tasadas las cuales debían ser leales y verdaderas y no generar ninguna sospecha sobre la verdad, sistema que provocaba la exclusión de los indicios como prueba.(P VII.1.26). Por contrapartida, la confesión representaba el extremo opuesto a la insuficiencia de indicios haciendo plena prueba para la condena. Agüero explica que la doctrina y la práctica judicial comenzaron a elaborar un nuevo criterio que fue debilitando el estricto sometimiento del juez a los elementos probatorios permitiendo que, aún ante la insuficiencia probatoria, se pudiese condenar por delitos graves y leves. Lo advertía Castillo de Bovadilla al afirmar que *“suelen muchos ampliar y limitar las leyes y la fuerza de las provancas, a su albedrío, y aún juzgar según sus conciencias”*.¹⁰⁷

Otro de los elementos que integraban el esquema procesal del antiguo régimen fue la evaluación de la condición social del reo a la hora de sentenciar y evaluar la pena. Los jueces, según las Partidas, debían considerar si el que iba a ser castigado era *“siervo o libre, o Fidalgo, o ome de la villa, o de aldea o si es moco, o mancebo, o viejo: ca mas crudamente deven escarmentar*

¹⁰⁵ “Las utilidades que pueden seguirse de las confiscaciones, no son ciertamente comparables con los males que deben causar por su naturaleza misma, particularmente si son muy frecuentes...Estas razones me inclinan a creer, que acaso sería útil abolir enteramente la pena”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), p. 56. “Si algunos autores han sostenido que las confiscaciones sirven de freno a las venganzas y al excesivo poder de los particulares, no han reflexionado en que no basta con que las penas produzcan un bien, para que sean justas, porque para serlo deben ser necesarias”. BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 97.

¹⁰⁶ Citados en AGÜERO, *Castigar y perdonar...*, (36), p. 288.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 286.

al siervo que al libre: e al ome vil que al Fidalgo e la mancebo que al viejo". (P VII.31.8). En consecuencia operaban una infinidad de distinciones que no pendían de la ley, sino de las creencias que estructuraban el orden social. La jerarquía social era un dato que debía ser valorado en las decisiones de justicia y a las cuales el derecho no podía desconocerlas.

Finalmente debe agregarse otra característica como fue la utilización del arbitrio judicial. Este fue un instrumento legal que permitía cierta discrecionalidad a la hora de juzgar conductas y de punir comportamientos considerados delictivos independientemente de su inclusión o no en una ley.

La ilustración se alzó en contra de estos principios procesales proponiendo otros que debían estructurar un nuevo procedimiento basado en premisas como: la publicidad de todo el procedimiento, la aplicación del principio de igualdad entre los hombres y en el de inocencia del imputado.

Específicamente, Beccaria propuso un proceso público¹⁰⁸ que estuviera basado en una serie de garantías mínimas como la presunción de inocencia,¹⁰⁹ la posibilidad de recusar a los jueces,¹¹⁰ la vigencia del principio de igualdad en la aplicación de las penas¹¹¹ y la limitación temporal para perseguir el castigo del delito y para la sustanciación del procedimiento.¹¹²

Además, propuso cambios en la apreciación de las pruebas. En este sentido, reivindicó la utilización de los indicios para efectuar la condena,¹¹³ propuso que los testimonios tengan la misma validez independientemente de la condición del testigo,¹¹⁴ apoyó la suspensión de la utilización de medios probatorios que se encontraban vinculados a la religión y la moral como fue el caso del juramento¹¹⁵.

No vamos a encontrar en la obra de Lardizábal expresiones en cuanto a las características del procedimiento y a los cambios que debían producirse. Solamente debe

¹⁰⁸ "¿Pueden haber delitos, o sea públicas ofensas, sin que al mismo tiempo no exija el interés común la publicidad del ejemplo, o sea, la del juicio?...Es opinión del señor de Montesquieu que las acusaciones públicas son más conformes a las repúblicas...Públicos sean los juicios y públicas las pruebas del delito". BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 79.

¹⁰⁹ "Un hombre no puede llamarse reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede retirarle la protección pública sino cuando se haya resuelto que él ha violado los pactos con los cuales fue acordada. ¿Cuál es entonces el derecho, sino el de la fuerza, que da la potestad a un juez para dar una pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente?". BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p.90.

¹¹⁰ "También es conforme a la justicia que el reo pueda recusar hasta un cierto número los jueces que le sean sospechosos". BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 77.

¹¹¹ "Me limitaré a las penas de este rango, afirmando que deben ser las mismas para el primero que para el último de los ciudadanos. Para que sea legítima cualquier distinción, tanto en los honores como en las riquezas, hay que suponer una anterior igualdad basada en las leyes, que consideran a todos los súbditos igualmente dependientes de ellas". BECCARIA, *De los delitos...*(13), p. 92.

¹¹² "Ahora bien, las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo, tanto para la defensa del reo como para las pruebas de los delitos, y el juez se convertirá en legislador si decidiera acerca del tiempo suficiente para demostrar un delito...deberá pues disminuir el tiempo de la instrucción del proceso y crecer el de la prescripción". BECCARIA, *De los delitos...*(13), pp. 114-115.

¹¹³ "Existe, dijo expresamente, un teorema general, utilísimo para calcular la certeza de un hecho, por ejemplo la fuerza de los indicios de un delito". BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 76.

¹¹⁴ "Es un punto esencial en toda buena legislación determinar exactamente la credibilidad de los testigos y las pruebas del delito. Todo hombre razonable, es decir, cualquier hombre que posea una cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones sean conformes a las de los restantes hombres, puede ser testigo". BECCARIA, *De los delitos...*,(13), pp. 73-74.

¹¹⁵ "¿Por qué situar al hombre en la terrible alternativa de faltar a Dios o de contribuir a la propia ruina? El juramento pasa a convertirse poco a poco en una simple formalidad, destruyendo de esta manera la fuerza de los sentimientos religiosos. La experiencia ha demostrado cuan inútiles son los juramentos". BECCARIA, *De los delitos...*,(13), p. 89.

resaltarse que, al igual que Beccaria, no admitió la posibilidad de aplicar penas distintas en función de la condición social del reo.¹¹⁶

5. Conclusión

Las opiniones que Cesare de Beccaria y Manuel de Lardizábal y Uribe volcaron en sus obras en relación a los criterios que debían organizar el derecho penal de su época fueron el reflejo de un movimiento que pretendió realizar un cambio en el paradigma jurídico creado por el *ius commune*.

El análisis comparativo de las propuestas de ambos autores permite comprobar que coincidían en que el derecho penal debía estar fundamentado en principios como la proporcionalidad del delito con la pena, un nuevo significado de la noción de delito. Debían, también, eliminarse la aplicación de penas sobre el cuerpo del delincuente como los suplicios y los tormentos y limitar la aplicación de la pena de muerte para casos verdaderamente excepcionales.

También reclamaron la limitación del poder del monarca, Beccaria en mayor medida que Lardizábal, y la eliminación de la fundamentación divina del poder que tenía el soberano. Finalmente, las penas fueron objeto de revisión y crítica así como los principios que regían en el procedimiento penal.

En otras cuestiones Lardizábal se mostró a favor del mantenimiento de los intereses monárquicos y de la religión, en especial en la justificación del ejercicio del *ius puniendi* y en la tipificación de aquellas conductas que debían considerarse delitos.

Vemos pues que el aporte de estos autores en el desenvolvimiento que sufrió el derecho penal durante el siglo XVIII y el siguiente fue significativo. La eliminación de la pena de muerte, de la tortura, la redacción de los códigos penales y procesales penales europeos y americanos tuvieron como fuentes de inspiración las ideas iluministas, representadas en gran parte por estos autores.

Bibliografía y fuentes consultadas.

1. AGÜERO, A, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán siglo XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
2. ANDERSON, P, *El estado absolutista*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1998.
3. ANITUA, G, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2005.
4. ANTON ONECA, J, “Los fines de la pena según los penalistas ilustrados”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 166, 1964, Madrid.
5. BECCARIA, C, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Bruguera, 1983.
6. BLASCO Y FERNANDEZ MOREDA, F, “Tomás Moro, criminalista”, *La Ley*, 29, Buenos Aires.
7. CASABO RUIZ, J, “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 22, Madrid, 1969.
8. CASSIRER, E, *Filosofía de la Ilustración*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1943.
9. CLAVERO, B, “La idea de código en la ilustración jurídica”, *Historia Instituciones, Documentos*, 6, Sevilla, 1979.

¹¹⁶ “...no pretendo inferir que la diversidad de las personas haya de hacer varias la naturaleza del delito y, por consiguiente, de la pena; defecto gravísimo...Esta tan injusta como odiosa distinción, es la que no debe admitirse en ninguna buena legislación”. LARDIZABAL Y URIBE, *Discurso sobre...*,(17), pp. 34-35.

10. LARDIZABAL Y URIBE, M, *Discurso sobre las penas contrabido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1782.
11. LOS CODIGOS ESPAÑOLES, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847.
12. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M, *La reforma penal de la ilustración*, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1988.
13. DOMINGO, R, *Juristas Universales*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
14. FOUCAULT, M, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009.
15. FRONTINI, N, “Releyendo a Beccaria”, *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal*, 11, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
16. GENTEA, A, “Hacia la humanización de la justicia penal en la Francia Ilustrada: la aportación de Voltaire”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 123, Madrid, 2004.
17. GONZALEZ DE MARTINEZ, A, *Control social en Córdoba. La papeleta de conchabo 1771-1892. Documentos para su estudio*, Córdoba, Centro de Estudios Históricos. Serie Documental, 1994.
18. LEVAGGI, A, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.
19. LEVAGGI, A, “La clemencia, contrapeso del terror, en el derecho penal Castellano-indiano”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, 5, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
20. MORESO, J, *La Teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992.
21. PIETRO SANCHIS, L, *La filosofía penal de la ilustración*, Lima, Palestra, 2007.
22. PORRAS NADALES, A, “Contractualismo y neocontractualismo”, *Revista de Estudios Políticos (Nuevas Época)*, 41, Madrid, 1984.
23. RAMOS VAZQUEZ, I, “El derecho penal de la ilustración”, *Estudios de Historias de las Ciencias Criminales en España*, Madrid, Dykinson, 2007.
24. RODRIGUEZ SANCHEZ, A, “La sogá y el fuego. La pena de muerte en la España de los siglos XVI y XVII”, *Cuadernos de Historia Moderna*, 15, Madrid, 1994
25. SANCHEZ DE LA TORRE, A.(coord.), *Fundamentos del conocimiento jurídico. ¿Por qué se es responsable jurídicamente?*, Madrid, Dykinson, 2006.
26. SCHAFFSTEIN, F, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
27. SAINZ GUERRA, J, *Evolución del derecho penal en España*, Jaén, Universidad de Jaén, 2004.
28. TERAN LOMAS, R, “Beccaria y los conceptos fundamentales del derecho penal”, *La Ley*, 32, Buenos Aires, 1943.
29. TOMAS Y VALIENTE, F, CLAVERO B, HESPANA, A, BERMEJO, J, GACTO, E, ALVAREZ ALONSO, C, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
30. VASALLO, J, *Mujeres Delinquentes. Una mirada de género en la Córdoba del siglo XVIII*, Córdoba -Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 2005.
31. VERRI, P, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Depalma, 1977.
32. ZAFFARONI, E, *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Buenos Aires. Hammurabi, 2007.
33. ZULETA PUCEIRO, E, “La noción de ley en el Iluminismo”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, 6, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

