

LA TEORÍA ILUSTRADA DE LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA. LARDIZÁBAL Y EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1787

(Guión de la ponencia, Murcia, 3.12.2008)

Maximiliano Hernández Marcos
(Universidad de Salamanca)

1. PANORÁMICA PRELIMINAR SOBRE LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA

- *Conciencia ilustrada del problema legislativo* adversus *ciencia de la legislación*: En España la cultura ilustrada de la legislación es tardía (se inicia a finales del XVIII) y carece de autores, obras y debate propios de relevancia teórica. No se desarrolla en rigor una ciencia de la legislación (una construcción teórica sólida sobre bases racionales acerca de la legislación estatal y de su centralidad política); en su lugar, se da más bien una concienciación progresiva del problema del derecho vigente (incertidumbre, caos y arbitrariedad del ordenamiento jurídico heredado) y de la necesidad de una reforma del mismo por la vía de la legislación, sin llegar a cuajar en un sistema o en una teoría racional coherente.
- *Eclecticismo y sincretismo*: El discurso sobre legislación se articula, por un lado, sobre la base de la recepción *eclectica* y parcial de las teorías ilustradas de Europa (especialmente francesas e italianas: Montesquieu, Filangieri, Beccaria y finalmente Bentham), y, por otro lado, se construye como un discurso *sincrético*, que reúne o incluso amalgama, a veces de manera incoherente, elementos ilustrados e ideología tradicional. Esa recepción (y el proceso de elaboración discursiva) tiene lugar a base de interrupciones en tres fases sucesivas: finales del reinado de Carlos III (1775-1789), época de las Cortes de Cádiz (1810-1814) y trienio liberal (1820-1823). [→El ejemplo de la traducción por Jaime Rubio de Filangieri, *La ciencia de la legislación*: 1787-89, 1814, 1822]
- *Dependencia de la práctica jurídica*: El discurso teórico no es tanto obra de filósofos ilustrados o grandes intelectuales, cuanto de juristas prácticos y surge al hilo de las exigencias de reforma planteadas desde la práctica judicial.
- *La prioridad del derecho penal*: La conciencia del problema de la “irracionalidad” del ordenamiento jurídico y de la necesidad de su reforma surgió en España primero y ante todo en relación con el derecho penal, y fue precisamente impulsada desde la magistratura. De ahí que el primer Proyecto de Código criminal se fragüe bajo el reinado de Carlos III, entre 1776 y 1787, y el primer tratado español de teoría ilustrada de la legislación surja en el contexto de ese Proyecto político y como explicación doctrinal del mismo: el *Discurso sobre las penas* (1782) de Manuel de Lardizábal.

→**Objetivo**: examinar la ideología inspiradora del Plan de Código Criminal de 1787 desde el punto de vista de la teoría ilustrada de la legislación, confrontando el *Discurso sobre las*

penas de Lardizábal con las doctrinas básicas del pensamiento penalista de la Ilustración europea.

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

El contexto polémico originario: La conciencia penalista ilustrada se agudiza en Europa en la década de los sesenta como consecuencia de los casos alarmantes denunciados por Voltaire y la publicación del libro de C.Beccaria *De los delitos y las penas* (1764). En ese contexto la situación irracional de la práctica penal en España – similar a la de Europa- sale a relucir ante dos hechos relevantes: el intento de Carlos III el 13.4.1764 de rehabilitar la Pragmática de Felipe V de 1734, que imponía la pena de muerte a hurtos simples, intento al que se opuso el Consejo de Castilla; y la fuga masiva de los condenados en los presidios de África que se convertían al Islam para no ser entregados de nuevo a las autoridades españolas. Ante estos hechos el rey se dirigió al Consejo para que propusiera medidas adecuadas y éste asumió la propuesta de la Sala de Alcaldes del 30.6.1770, que incluía la elaboración de un Código criminal. El rey ordenó al Tribunal Supremo el 25.9.1770 una “reforma de la jurisprudencia criminal”.

El oficio de Manuel de Roda de 1776 y el encargo a Lardizábal: El oficio de Manuel de Roda (secretario del despacho de Gracia y Justicia) al Consejo vuelve a recordar, entre otras, la propuesta de “formación de un Código Criminal, en que se recopilen todas las leyes penales, omitiendo las que no están en uso, evitando la perplejidad que las mismas leyes producen por su contrariedad, obscuridad o variación de costumbres, según la diferencia de tiempos”. El Consejo encargó entonces a Manuel de Lardizábal una doble tarea, que luego sería examinada por una Junta de 4 ministros (“Junta de Recopilación”, nombrada en 1783):

- Elaborar un Cuarto Tomo de la Recopilación sobre normativa en materia civil desde 1745. Este trabajo fue concluido en julio de 1785.
- Elaborar un Extracto (y un informe) de todas las leyes penales dispersas en la Recopilación desde el Fuero Juzgo de los godos hasta el presente para formar a partir de ahí un Código de Leyes Penales o una nueva “pragmática”. Lardizábal entregó su extracto e informe al Consejo en febrero de 1778, el cual tras ser informado por la Sala de Alcaldes, pasó a ser estudiado por la Junta de Recopilación a partir de octubre de 1785.

El plan de Código Criminal del 29.3.1787: Con esta fecha la Junta de Recopilación eleva a Floridablanca para su aprobación un bosquejo del plan de Código Criminal y, ante la falta de respuesta, se lo remite de nuevo en abril de 1788. Tras la muerte de Carlos III, Floridablanca responde el 28.12.1788 pidiendo al Consejo que se elabore ya el Código Criminal y éste, en su contestación del 9.2.1789, justifica la demora por el fallecimiento reciente de dos miembros de la Junta y la necesaria meticulosidad de un trabajo tan relevante. No obstante, informa de que el Proyecto de Código está ya casi concluido. Sin embargo, no se volvió a saber nada más de él.

¿Un Código penal o una simple Recopilación? Parece que el planteamiento inicial era simplemente actualizar las leyes penales de la Recopilación, dispersas, anticuadas y en algunos casos inhumanas. Sin embargo, es curioso que en el escrito que acompaña al Plan de 1787 la Junta pase a denominarse a sí misma “Junta de Legislación” y formule algunos principios típicamente ilustrados de *racionalización* del derecho:

- una legislación criminal autónoma
- una ordenación metódica de la misma en cuatro partes, la primera de las cuales (el derecho penal sustantivo) se basa en una clasificación racional de los delitos, próxima a la de Filangieri
- postulados de claridad, concisión e inteligibilidad de las leyes.

→ Conclusión: No estamos ante un código criminal moderno, que suponga una remodelación de la estructura jurídica del antiguo régimen, pero sí ante un plan no sólo de actualización sino a la vez de *ordenación racional* de la legislación penal vigente. Creo que en el proceso mismo de preparación del proyecto de código por parte de Lardizábal y la Junta de Recopilación resultó evidente la adopción de este planteamiento metódico.

3. LARDIZÁBAL Y LA PRIMERA ILUSTRACIÓN PENAL INSUFICIENTE EN ESPAÑA

Planteamiento: Se trata de mostrar que en la teoría penal de Lardizábal y del primer proyecto español de Código Criminal hay doctrinas propias de la Ilustración penalista, pero articuladas sobre una concepción básica no ilustrada del Estado y de la sociedad.

Doctrinas penales ilustradas (cf. *Discurso*, cap.II):

- principio de legalidad penal
- utilidad social de las penas
- proporcionalidad entre delitos y penas
- moderación penal

Estas doctrinas (y otras similares) responden además a una voluntad ilustrada de *racionalización* del derecho penal vigente, que se pretende llevar a cabo, sin embargo, de la siguiente manera:

- mediante un *método legislativo* de mera ordenación formal y actualización del derecho material y procesal vigente, de acuerdo con una *ratio* sustantiva de carácter nacional e histórica: se asume y reinterpreta a Montesquieu;
- e insertando esas doctrinas en el *horizonte teórico* de una *cosmovisión política y social tradicional*, caracterizada por la legitimación religiosa del poder estatal y del derecho a castigar (*no secularización del derecho penal*), y por el principio de la *desigualdad penal ante la ley*, en consonancia con la diversidad estamental de la sociedad. He aquí los límites ideológicos, culturales, que definen la insuficiencia radical de la primera Ilustración penal española vinculada a Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787

3.1. El método legislativo: recepción del empirismo histórico-nacional de Montesquieu

Lardizábal presenta su *Discurso sobre las penas* (1782) como la teoría legislativa correspondiente al proyecto de Código Criminal cuya preparación le ha sido encargada. Basándose en sus lecturas de obras ilustradas sobre la materia y en el estudio de las leyes penales españolas, escribe el *Discurso* para “exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales, que pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de

nuestro Gobierno” (p.8). La interpretación y justificación teórica que hace de aquel proyecto de código penal tiene, pues, las siguientes características:

- Inserción en el movimiento ilustrado europeo y en las políticas de *reforma de la legislación* criminal emprendidas por algunos príncipes europeos (Austria, Suecia, Rusia, etc.);
- Adhesión a la forma de reformismo ilustrado inspirada en el *empirismo histórico-nacional de Montesquieu*, no en el racionalismo iusnaturalista y/o contractualista: Se trata de dar a un pueblo las leyes que “se acomoden a la república, y no la república a las leyes” (p.12). En una referencia clara al planteamiento de *De l’esprit des lois* Lardizábal señala que “un sabio y prudente legislador en el establecimiento de las leyes” penales “debe tener siempre presente la religión, el carácter, las costumbres y el genio de la nación que gobierna. Hasta la situación y el clima del país deben tener influencia en las leyes penales respecto de ciertos delitos” (p.12). El criterio de adecuación al espíritu de la nación española lleva a Lardizábal a tomar como base material del código el corpus jurídico-penal de la Recopilación, del que elabora un extracto.
- Pero asimismo Lardizábal interpreta en términos más radicalmente *historicistas* la doctrina de Montesquieu al relacionar la dureza y crueldad del sistema penal heredado con la barbarie y ferocidad del feudalismo y reclamar por ello una legislación penal adecuada a la nueva época culta y civilizada (cf. p.12). De ahí que el examen del ordenamiento jurídico vigente trate de combinar la *adecuación a la nación* con la *adecuación al espíritu del tiempo* que también la constituye (cf. p.42), y por ello determinará qué leyes han de mantenerse y cuáles han de reformarse por anticuadas, crueles o en desuso. Reformismo y conservadurismo van unidos en este planteamiento metodológico de *racionalización del derecho penal* basada en la combinación de dos principios: la “venerable autoridad de la legislación patria” y la “sana o recta razón” ilustrada¹, que se limita a ordenar y a actualizar dicha legislación.

[→La influencia del pensamiento penalista de Montesquieu en Lardizábal es visible además en otras muchas doctrinas: P.e.

- doctrina de la libertad civil ligada a la seguridad de una legislación criminal
- doctrina de la proporcionalidad entre penas y delitos y correspondiente tipología de delitos y penas adecuadas]

3.2. Bases religiosas de la concepción penalista: el origen divino del *ius puniendi* y la punibilidad de los delitos contra la religión

- *Secularización ilustrada del derecho penal*: La aportación teórica más básica y relevante de la cultura criminalista ilustrada es su concepción secularizada del derecho penal como una parte del sistema jurídico-positivo del Estado, desvinculada de la moral religiosa y de sus fines de redención espiritual. Esta visión implicaba lo siguiente:
 - i. Monopolio estatal exclusivo del *ius puniendi* y fundamentación contractualista del mismo

¹ Cf. José Marcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, Prólogo, p.iv, vii.

- ii. Restricción de la esfera de lo *punible* a conductas externas efectivamente lesivas de bienes jurídicos relevantes (reconocidos por la ley) y subsiguiente *despenalización* del foro interno (conciencia, intenciones, opiniones, rasgos personales, etc.). Esto se tradujo en una delimitación clara entre delito, pecado y vicio.

→ ¿ La concepción penalista de Lardizábal se adhiere a esta secularización del derecho penal? Sin duda, no, en ninguno de los dos puntos implicados en esa secularización.

- *La fundamentación religiosa del derecho de castigar:* En el *Discurso sobre las penas* se da al respecto un sincretismo entre ideas propiamente ilustradas y convicciones tradicionales que tornan ambigua y conceptualmente incoherente su concepción penalista. Un ejemplo claro de esta amalgama de horizontes teóricos incompatibles es el capítulo primero de la obra titulado “De la naturaleza de las penas, de su origen y de la facultad de establecerlas y regularlas”. En él tiene lugar una especie de cortocircuito argumentativo producido por el solapamiento abrupto entre dos concepciones distintas del poder y del derecho de castigar: la *político-contractualista* y la *monárquico-religiosa*.

- Por un lado, Lardizábal sigue el lenguaje y el planteamiento propiamente ilustrado, e incluso iusnaturalista a veces, de definición de la naturaleza y origen políticos de las penas y de los delitos: ambos se dan, en rigor, sólo en la sociedad política y se refieren a acciones externas que perturban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares (cf. cap.iv, &I, 51), de manera que los “actos puramente internos” no son punibles, ni tampoco las acciones externas jurídicamente indiferentes (p.19, 52). Lardizábal, al relacionar así el derecho penal con la *conservación de la sociedad* y la seguridad de los ciudadanos, diferencia en principio la esfera de lo punible (delito), de las esferas religiosa y moral del pecado y del vicio.

No sólo eso. Empleando la retórica y la terminología contractual-convencionalista de Beccaria, incluida su imagen del “depósito común de fuerzas”, y hasta incluso su antropología individualista-pesimista, parece fundamentar el ejercicio exclusivamente estatal del ius puniendi en el consentimiento o acuerdo de los individuos por el que éstos, al entrar en sociedad, transfieren a ésta una parte de su libertad y de sus fuerzas para formar un “depósito comunitario” de defensa y protección de cada uno (cf. p.20). De hecho la razón de ser de las penas, su fin general es la seguridad jurídica de los ciudadanos y la conservación de la comunidad política mediante el uso de ese depósito público de las fuerzas particulares transferidas (cf. cap.III, p.48)

- Por otro lado, aunque el derecho de castigar corresponda a la autoridad estatal y su ejercicio sea posible gracias al depósito común de fuerzas individuales transferidas, no procede, sin embargo, de un pacto social entre los hombres sino únicamente de Dios. El *ius puniendi* del Estado tiene, así, un origen divino, no humano: “La facultad de establecer las penas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Majestad esencialmente necesario para el gobierno y conservación de la república, dimana del mismo Dios, supuesta la formación de las sociedades, y supuesta la convención de los hombres, que cedieron los derechos que les concedía el estado natural, depositándolos en la Potestad pública para poder gozar de ellos con más seguridad” (p.20).

→ Paradoja: los hombres acuerdan que el Estado tenga y ejerza la potestad del castigo, pero no se la otorgan, porque ésta sólo la concede Dios. ¿Por qué?

→ Supuestos doctrinales:

- *Origen divino y carácter sagrado del poder*: Lardizábal participa de la idea de que todo poder y autoridad mundana procede de Dios, quien la comunica u otorga a los reyes y príncipes para que gobiernen a los hombres buscando su felicidad y seguridad. Cita al respecto un fragmento de la Séptima Partida, Lib. 6, tit.25, en el que se dice que Dios confirió a los reyes y príncipes el Señorío de los pueblos, “porque la justicia fuese guardada por ellos” (p.11), así como, entre otros textos bíblicos, uno de Pablo de Tarso que atribuye el origen de toda potestad a Dios e infiere de ello que “los príncipes son ministros de Dios” y de su reino (p.21).

La religión cristiana se convierte así en soporte fundamental del Estado y vínculo esencial de la sociedad (p.52), que supuestamente no podría subsistir sin ella (cf. crítica a Bayle, p.52-53):

- i) **Sanción religiosa de la obediencia política**: el fundamento legitimador de la obediencia a las autoridades políticas está en la sumisión a Dios (cf.52-53), de tal forma que sin el “freno y saludable temor de la religión” no queda más que la anarquía y la ruina del Estado (p.24). Lardizábal hace así un elogio de la fundamentación religiosa de la sumisión política.
 - ii) **La religión como contrapeso de una antropología pesimista**: los hombres son seres malos por naturaleza, inclinados a la “libertad e independencia” (24), guiados sólo por el “amor de sí” y sujetos a sus pasiones, sin ningún interés por lo comunitario, pero Dios ha compensado su insociabilidad natural destinándolos a vivir en sociedad (p.21) y fundando en ella las “potestades supremas”, para garantizar la vida social y el goce de la “verdadera libertad” de los hombres (p.11). Dios como base y vínculo de la sociabilidad, ya que los hombres por sí mismos son insociables e incapaces de crear una autoridad común.
- *Negación del origen contractualista-convencional y del carácter profano del poder estatal*: Lardizábal critica ferozmente a Rousseau por haber fundamentado el poder estatal en el contrato social, y haber considerado la religión cristiana perjudicial para la constitución política por su espíritu favorable a la tiranía y a la esclavitud del pueblo. En esa misma línea se sitúa su crítica a P. Bayle por haber pretendido eliminar la religión de la fundamentación de la sociedad política.
- *La ampliación de la esfera de lo punible a los delitos contra la religión (católica)*: Es claro que esta fundamentación religiosa del poder estatal y del *ius puniendi* afecta asimismo a la delimitación de la esfera de lo punible. Se advierte, en efecto, también aquí una incoherencia con el planteamiento inicialmente ilustrado:
 - Por un lado, hay, de entrada, una delimitación clara entre delito y pecado, en consonancia con la cultura penalista de la Ilustración:

Delito: toda acción externa que perturba directa o indirectamente la tranquilidad pública y la seguridad de los particulares. Cae bajo la jurisdicción del Estado y sus leyes penales, destinadas a conservar la sociedad (cap.IV, &I, 51)

Pecado: toda acción contraria a la ley divina, sea interna o externa. Cae sólo bajo la jurisdicción divina, no bajo las leyes humanas, ya que concierne sólo a la relación de los hombres con Dios, con independencia de la sociedad (p.51-52).

Basándose en esta distinción Lardizábal declara que no son punibles los actos puramente internos, aunque sean pecaminosos (51; cf. p.61), al menos mientras no se traduzcan en actos externos que alteren la vida social y las libertades privadas de otros individuos. De aquí debería seguirse una proclama de despenalización de todos los tradicionales “delitos de conciencia” (creencias religiosas, ideas y opiniones, etc.) y un principio de tolerancia religiosa. Pero no es así.

- Pues, por otro lado, Lardizábal considera delitos (no meros pecados) no sólo las manifestaciones externas lesivas de la religión católica (blasfemias, perjurios, etc.) sino que además hace de los lugares y objetos sagrados de la religión una circunstancia agravante del delito (p.e., un robo sacrílego) y convierte incluso la diferencia de fe religiosa en asunto delictivo (p.e., el crimen de herejía). Más aún: para Lardizábal los asuntos de conciencia que se apartan de la fe cristiana merecen la calificación de delitos, y forman parte además de la clase de delitos más graves: los que destruyen o perturban a la sociedad misma, ya que la religión cristiana es el pilar básico de la sociedad y del poder estatal (p.55). El origen divino del *ius puniendi* convierte así a la religión que lo legitima en sustancia ética del Estado y sitúa de este modo los *asuntos religiosos* en la esfera estatal de lo punible e incluso en el ámbito estrecho de lo más punible: los *asuntos de Estado*, los relativos al orden y a la conservación de la comunidad política. Se comprende ahora que el Plan de Código Criminal de 1787 situase a la cabeza de la tipología de los delitos a los “*delitos contra la religión*”, por delante de los “delitos contra el Estado”, contra el orden público” y contra la “tranquilidad y seguridad públicas”; y que además situase dentro de la esfera de lo punible no sólo a la herejía, sino también a la “brujería”, la “hechicería” o la “adivinación”, todos ellos despenalizados por los ilustrados como delitos “imaginarios” o fruto de la ignorancia y la superstición.

3.3. La desigualdad penal ante la ley como baluarte de la sociedad estamental

En su intento por ajustar racionalmente la nueva legislación penal al espíritu de la nación y sociedad española tradicionales, Lardizábal no sólo otorga relevancia penal a la religión católica sino también a la sociedad estamental. Lo hace en el capítulo cuarto del *Discurso* al tratar de “la verdadera medida y cantidad de las penas” e incluir entre las “circunstancias” que permiten graduarlas, la “*calidad y diversidad de las personas*” sociales, a la que convierte, sin embargo, en un principio de desigualdad ante la ley penal. El texto es equívoco, porque Lardizábal trata de matizar su posición radical de partida transformando su valoración inicial de la diversidad estamental y social como criterio cualitativo de *diferenciación* penal en un simple criterio cuantitativo de *gradación* de las penas, tal como parece desprenderse de manera coherente de la exposición precedente del capítulo cuarto.

En polémica con el penalista girondino francés Brissot de Warville, defensor de la igualdad ante la ley penal, Lardizábal aboga por la distinción en las penas en función de la “clase, el estado, el empleo, etc.” con un doble argumento:

- En primer lugar, desautoriza el principio de la igualdad penal ofreciendo una interpretación del mismo típicamente absolutista: según él, ese principio sólo

significa que “todo delito debe castigarse, hágalo quien sea”, es decir, que “la distinción de personas no es un título de impunidad” (p.72). La clave del argumento está en poner de manifiesto que hay ciertamente una igualdad en el sometimiento a la ley penal del soberano, pero que ello no implica un sometimiento igual a las *mismas* penas legales y de la *misma manera* por los mismos delitos. Igualdad indica no impunidad, pero no identidad de las penas por los mismos delitos: Nadie es, pues, impune al delinquir porque es súbdito de un Estado, pero ello no significa que sea penalizado del mismo modo por idénticos crímenes, sin atender a su clase o estamento social.

- En segundo lugar, la distinción social determina una diversidad en el género de las penas precisamente en función del requisito racional de *proporcionalidad* penal, que exige sólo el castigo necesario y útil para lograr el fin de la prevención y contención del delito, el cual puede alcanzarse con penas diferentes en un noble (p.e. el destierro o desprecio del rey) y en un plebeyo (p.e. la pena corporal). (p.72) Apoya esta idea en un fragmento de las Siete Partidas, que condiciona la índole del “escarmiento” penal a la clase de persona social o natural, así como una Cédula reciente de Carlos III del 2.10.1781, que impone a los nobles vagos y ociosos, de conformidad con su rango, la pena servir al Estado como soldados distinguidos (p.73).

→No obstante, Lardizábal se desdice a continuación de lo dicho y matiza su posición aclarando que no se trata de hacer de la diversidad de personas sociales un criterio para la diferenciación cualitativa de las penas, sino sólo para la *gradación* de las mismas, en virtud del cual el rango o la distinción social del delincuente conlleva un agravamiento de la pena, ya que a dicha posición va unida una responsabilidad social mayor y unas condiciones más favorables para obrar bien (74). De esta manera su posición se mantiene en la ambigüedad, sin pronunciarse claramente contra la diferencia de clase o estamento social como criterio de desigualdad penal.