



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelsen, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

Citation

Miguel Pino Abad, “Los ‘privilegios penales’ de los ancianos durante el Antiguo Régimen”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 507-523 (available at <http://www.glossae.eu>)

LOS 'PRIVILEGIOS PENALES' DE LOS ANCIANOS DURANTE EL ANTIGUO RÉGIMEN*

THE CRIMINAL PRIVILEGES OF THE ELDERLY IN THE OLD REGIME

Miguel Pino Abad
Universidad de Córdoba

Resumen

El presente estudio trata de analizar en qué medida la avanzada edad de ciertas personas era tenida en cuenta a la hora de imponerles una pena diferente a otros sujetos por la comisión de los mismos delitos durante este dilatado periodo histórico. Asimismo, se estudia la incidencia de esta circunstancia en la aplicación del tormento.

Abstract

This paper analyzes the extent to which elderly condition was taken into account when imposing a sentence different from other subjects for committing the same crimes during this long historical period. It also explores the incidence of this factor when imposing torture.

Palabras clave

Ancianos, Derecho penal, privilegios, Castilla, Antiguo Régimen

Keywords

Aged, criminal law, privileges, Castile, Old Regime

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Delincuencia y represión jurídica en España: teoría y praxis histórica de las figuras delictivas (II)", con referencia DER2012-31098.

Sumario: 1. Introducción. 2. El anciano, ¿sujeto penalmente privilegiado? 3. El anciano en el sistema penal ilustrado. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

Desde la promulgación de las Partidas, los jueces castellanos debían atender a una serie de circunstancias que concurrían en las personas de los delincuentes a la hora de establecer la pena más adecuada. Entre ellas, se hallaban la condición social, su estado mental, la persona de la víctima, el momento (día o noche) de la ejecución, el lugar, la cuantía del daño provocado, la riqueza o pobreza del reo y, por supuesto, la edad. Resalta que, frente al amplio tratamiento dispensado a la situación del menor de edad ante el Derecho penal, las leyes y la doctrina jurídica fueron poco explícitas en cuanto a la ancianidad. Apenas se dijo que el "viejo" debía ser escarmentado menos duramente que el joven, pero se guardaba silencio a la hora de fijar a partir de qué edad se había de considerar a un hombre como penalmente viejo. Algunos juristas, incluso, llegaron a concretar que sólo al viejo decrepito se debía otorgar tal privilegio, no bastando para ellos que el delincuente hubiese rebasado una determinada edad, para que se le impusiera una pena inferior a la legalmente establecida.

Otro ámbito donde encontramos un trato diferenciado para los ancianos fue el relativo a la aplicación de la tortura, como forma de obtener la confesión de los sospechosos de ser autores de ciertos delitos, o de los reos para que declarasen quienes fueron sus cómplices y el relativo a concretos testigos. Conforme a la ley, del tormento quedaban exoneradas las personas en situación preeminente por su rango social como nobles, los constituidos en dignidad (doctores, consejeros del rey, regidores municipales, etc.), las personas débiles (menores de catorce años) o por su estado (mujeres embarazadas). Como sucedió en tantas otras ocasiones, los autores se encargaron de ampliar esta relación de privilegiados e incluyeron en ella a los ancianos por analogía con la debilidad de los menores de catorce años. No obstante, también nos encontramos con autores que no concedían tal privilegio a los ancianos sospechosos de haber participado en la comisión de delitos de lesa majestad, conspiración, sacrilegio, herejía, sodomía, asesinato, muerte con veneno, falsedad, traición y corrupción testifical.

Por lo demás, los cambios que empezaron a vislumbrarse a fines del siglo XVIII por influencia de la Ilustración supusieron la fijación paulatina de un Derecho penal mucho más humanitario que pretendía acabar con la severidad propia del periodo anterior. Esa progresiva atenuación penal también se dejó sentir en el primer Código Penal que vio la luz en España: el de 1822, donde el anciano siguió siendo considerado como un sujeto privilegiado al que se debía imponer penas menores en atención a su avanzada edad.

2. El anciano, ¿sujeto penalmente privilegiado?

Difícilmente podríamos lograr un adecuado conocimiento de la situación en que se hallaban las personas de avanzada edad a lo largo de este amplio período histórico, si antes no hiciésemos mención a algunas de las características que delinearon los perfiles fundamentales del Derecho penal por entonces vigente. Conviene comenzar señalando que frente al panorama vivido en la Alta Edad Media, durante el cual la venganza privada o venganza de la sangre alcanzó un papel protagonista indiscutible, en el nuevo sistema penal que empezó a instaurarse en Castilla por influjo del Derecho común, la ejecución de la justicia buscaba fundamentalmente la consecución del bienestar público, que llegaba a primar sobre el interés de la víctima en el resarcimiento del daño que se le había realizado¹.

Es bien sabido que a partir del siglo XIII la Monarquía utilizó la ley penal como instrumento para hacer valer su autoridad y proteger el orden social que ella misma establecía². Como en su día afirmó Tomás y Valiente “hablar de un Derecho penal real significa que los reyes tienen poder para definir en sus leyes penales qué actos son delictivos y qué pena merecen sus autores. Además, ello implica que hay unas instituciones dependientes del poder real encargadas de aplicar tales leyes, ejerciendo el

¹ González Alonso, B., “La justicia”, *Enciclopedia de Historia de España, dirigida por Miguel Artola*, Madrid, 1988, vol. II, p. 396.

² López-Amo Marín, A., “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 26 (1956), p. 354; Rodríguez Flores, M.I., *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1971, p. 215.

derecho penal de castigar, el *ius puniendi*”³. El rey tenía la consideración no sólo de legislador sino también de juez supremo. Legislar y juzgar se alzaban como las principales competencias del monarca⁴.

Ahora bien, estas competencias podían ser susceptibles de delegación, lo que acarrearía que los jueces no apareciesen como meros ejecutores de la ley sino, más bien, como colaboradores por delegación en la función legislativa, completando la ley penal, al señalar la pena del delito en cada caso concreto⁵. Dicho con otras palabras, los jueces gozaban de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de dictar sentencias, aumentando o disminuyendo la pena fijada por la ley, según ellos lo creyesen conveniente, “si bien guardaban una gran correspondencia con las recogidas en la literatura jurídica”⁶. Arbitrio judicial que venía reconocido por vía legal desde el siglo XIII en las Partidas, cuando no había norma que dispusiera la pena aplicable al delito o bien cuando, pese a existir, los jueces usaban de esta facultad para amoldar la ley al caso del que estaban conociendo⁷.

³ Tomás y Valiente, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 23 y 24.

⁴ García Marín, J.M., “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, *Teoría política y gobierno de la Monarquía Hispánica*, Madrid, 1998, pp. 250, 255 y 264. De la consideración del rey como juez, o sea, como realizador de la justicia nos habla también Marongiu, A., “Un momento típico de la Monarquía medieval: el Rey juez”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 23 (1953), p. 706. Igualmente, es especialmente interesante sobre esta materia lo escrito por Torres Sanz, D., *La Administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid, 1982, pp. 13-16. Y, por último, debemos citar a Pérez de la Canal, M.A., “La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos* nº 2 (1975), p. 387.

⁵ Tomás y Valiente, *El Derecho penal...*, p. 375.

⁶ Ortego Gil, P., “La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la Edad Moderna”, en F. Puy Muñoz y S. Rus Rufino (eds.): *La Historia de la Filosofía jurídica española*, Santiago, 1998, p. 77.

⁷ En Partidas VII,10,15 ya se hablaba de arbitrio judicial: “e aun demas desto, deue rescebir alguna pena en el cuerpo, según aluedrio del Judgador, por la deshonra que fizo al otro”. Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos*, edición facsímil, Madrid, 1978, tomo I, libro II, cap. X, nº 10, pp. 312 y ss. criticaba el arbitrio de los jueces por las siguientes razones: “1 que hay jueces que juzgan lo poco por mucho y lo pequeño por grande. 2 porque las leyes se hizieron con mucho acuerdo y examen de las cosas...pero los jueces por la instancia y apresuramiento del los litigantes, luego dan sentencias y no las deven dilatar: y por esso no puede aver tanto tiempo para saber qual es la justicia en cada pleyto que se pone ante ello. 3 porque las leyes no se mueven por afectos, no se ayran, no aborrecen, ni por ambicion se inclinan...pero los jueces siempre juzgan de las cosas particulares o presentes o de personas ciertas de las quales pueden aver provecho. 4 porque el que tiene libre autoridad de juzgar no usa de la conveniente diligencia en el conocimiento de la causa e inteligencia de las leyes, sino que guía por donde le parece, sin ponderar las circunstancias de los negocios. 5 porque menor enemistad se sigue quando se dan las sentencias por leyes, que quando se dan por albedrío, porque allí el juez no juzga nada de lo suyo, sino muestran lo que juzgan las leyes...”. Muy interesantes nos parecen también las palabras vertidas hace algunos años por González Alonso, B. sobre esta materia y pueden verse con detenimiento en su trabajo “La justicia...”, cit., p. 398. Entre otras muchas ideas dice que “el arbitrio judicial, esto es, la amplísima discrecionalidad de que el juez disfruta para matizar o relegar las reglas procedimentales, dirigir el juicio y decidirlo, agiganta la inferioridad procesal del reo, que ni siquiera tiene garantizado el cumplimiento estricto de las previsiones legales. La ley penal se aplicaba en Castilla con abusos y alteraciones muy notables...”. Por lo demás, es necesario agregar que, según escribe García Marín, J.M., “Judaísmo entre el poder y la envidia. El caso Avila ante la Inquisición”, *Revista de la Inquisición*, 4, Madrid, 1995, p. 68, “el arbitrio judicial no vino dado por el derecho regio representado en las Partidas, sino por la aplicación e interpretación que del mismo hicieron los comentaristas de la época, cuya *communis opinio*, mucho menos restrictiva que la ley, llegó a predominar sobre la misma, amparando con ello el despliegue de un arbitrio judicial a todas luces lesivo para la seguridad jurídica de los encausados”. Para llegar a esta conclusión analiza Partidas VII,31,7 y Partidas VII,31,9, de donde

Lo cierto es que en atención a este arbitrio, los jueces imponían continuamente penas sin atender a lo dicho en la norma. Prueba palmaria de ello son las continuas quejas que emanaban de los juristas del momento, quienes venían proponiendo la necesaria concisión y claridad de las leyes penales, al objeto de acabar con esa práctica abusiva desarrollada por los jueces. A modo de ejemplo, podemos señalar cómo en el siglo XVI Alfonso de Castro se adhería a la opinión en su momento vertida por Aristóteles, según la cual “se debe dejar al arbitrio judicial el mínimo posible y que todo lo demás debe determinarse concretamente en la ley”⁸.

En realidad, cada ley penal asignaba una pena al delito que regulaba. Era lo que se llamaba pena legal ordinaria. Pero ésta sólo servía para el delito, tal y como aparecía descrito en la ley. Si habían aparecido otras circunstancias no incluidas en su definición, el juez estaba obligado a valorarlas e imponía una pena distinta a la ordinaria. En estos casos, la pena se llamaba arbitraria porque dependía del señalado arbitrio judicial. La fijación de la pena dependía, en suma, de las circunstancias que acompañaron a la ejecución del delito y las características del delincuente. La pena legal ordinaria no pasaba de ser un mero referente. Eso se traducía en que la pena que el juez imponía era casi siempre distinta, después de valorar todo lo que había concurrido en el caso de que conocía.

Cuando se trataba de castigar a los partícipes en la comisión de un determinado delito, el juez debía apreciar una serie de circunstancias. En este sentido, dos leyes de Partidas (I,18,12 y VII,31,8) insertaban una extensa relación de “las cosas que deve de catar el juez” para graduar la responsabilidad y fijar la pertinente pena. Ellas son las únicas que ofrecen una alusión expresa de tales circunstancias. Sobre todo, debemos detenernos en la segunda, donde se indica que el juez debía atender a la condición social del delincuente, su estado mental, la persona de la víctima, el tiempo (día o noche) de la ejecución, el lugar, la traición o alevosía, la cuantía del daño, la riqueza o pobreza del reo y, por supuesto, la edad⁹.

Atendiendo a la cuestión que analizamos en las presentes líneas conviene que nos centremos en esta última. Bien es cierto que pocas precisiones podemos tener hoy en día acerca de las edades de los delincuentes de hace varios siglos. Según ha afirmado algún autor “para la inmensa mayoría de los hombres y mujeres la edad era una noción vaga, que se media por mera aproximación. No era preciso llevar a cabo un cálculo exacto del paso del tiempo”, aunque en el ámbito penal era importante establecer la edad concreta de un individuo o, al menos, conocer que no había rebasado un determinado límite, ya que los menores que no habían alcanzado una determinada edad quedaban exentos de pena, dependiendo del tipo de delito cometido¹⁰.

extrae la necesidad de “un efectivo control de la actuación judicial, con clara apelación a la benevolencia”.

⁸ Castro, A., *De potestate legis poenalis libri duo*, (traducción de Laureano Sánchez Gallego, Murcia, 1931, tomo I, p. 206).

⁹ Sobre estas circunstancias puede verse, por ejemplo, Ortego Gil., P., “Apercibimientos penales en la práctica criminal de la Real Audiencia de Galicia (siglos XVII y XVIII), *Cuadernos de Historia del Derecho*, 3 (1996), pp. 11 ss.

¹⁰ Mendoza Garrido, J.M., *Delincuencia y represión en la Castilla bajomedieval*, Granada, 1999, p. 521.

Privilegios concedidos al menor que para insignes juristas de la Edad Moderna como Castillo de Bobadilla con más motivo se tenían que otorgar a los ancianos. En su opinión, las honras y dignidades no se debían distribuir ni por la riqueza ni por el poder, sino por la edad de los viejos. Decía que “la corona de la dignidad es la vejez, la qual se hallara en los caminos de la justicia...En los antiguos esta la sabiduría y la prudencia, porque la larga experiencia los haze recatados, prudentes y circunspectos...Denles los príncipes honras, privilegios, preeminencias y rentas respecto de los servicios y merecimientos de cada uno”¹¹.

Pero las leyes y la doctrina jurídica fueron poco explícitas en cuanto a la situación de los ancianos en el Derecho penal. Apenas se dice que el “viejo” debe ser escarmentado menos duramente que el joven, pero se guarda silencio a la hora de fijar a partir de qué edad se había de considerar a un hombre como viejo para reconocerle el privilegio. Algunos juristas concretan que sólo al viejo decrepito se debía conceder tal prerrogativa, no bastando para ellos que el delincuente hubiese rebasado una determinada edad como criterio para que se impusiere una pena inferior a la ordinaria¹². Antonio Gómez, por su parte, se planteaba si el anciano podía delinquir, ser acusado de ello y si debía recibir una pena menor que la legal. Con contundencia sostuvo que sí, ya que la longevidad de una persona no suponía obligatoriamente que tuviese mermado su entendimiento y juicio, aunque la pena debía ser menor en atención a su decrepita edad. Para llegar a esta conclusión, recuerda, conforme a la ley de Partidas antes aludida, que el juez a la hora de imponer una pena había de atender a la condición y cualidades de las personas. Entre ellas se encontraba su edad, de forma que siempre se había de aplicar mayor pena al joven que al viejo. Sin embargo, si por la comisión de un delito se debía imponer pena ordinaria de muerte, la misma no se tenía que reducir o alterar a favor del anciano. En cambio, si se trataba de una pena cierta y determinada conforme a Derecho que no fuese la de muerte, sino la de mutilación de miembro u otra corporal, se debía imponer con menor rigor en el anciano, ya que por su debilidad había más posibilidades de que falleciera. Por último, si la perpetración del delito se castigaba con el pago de una pena pecuniaria, no se debía reducir su importe cuando el autor fue un anciano, ya que aquí no se atendía a su debilidad como atenuante¹³.

¹¹ Castillo de Bobadilla: *Política...*, libro I, cap. VII, nº 3, p. 82, nº 8, p. 84 y nº 27, p. 87.

¹² Villadiego de Vascañana y Montoya, A., *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1747, p. 73, nº 163.

¹³ Gómez, A., *Variae resolutiones iuris civiles, communis et regii*, Lugduni, 1735, tomo III, cap. I, p. 41, nº 68: “Item quaero, an senex possit delinquere, & teneatur ex delicto, vel saltem minoretur sibi poena?. Et breviter & resolute dico, quod bene potest delinquere, & teneatur ex delicto; quia licet deficiant sibi vires, non tamen déficit sensus & iudicium. Bene tamen minoratur sibi poena propter decrepitam aetatem, & eius debilitatem, sicut minoribus: ita probat textus notabilis & expressus. Ubi dicitur quod in imponenda poena semper iudex debet inspicere conditionem & qualitatem personae & aetatis quia major & gravior poena debet imponi juniori, quam seni...Prima conclusio: quod si ex delicto veniat imponenda poena mortis ordinaria illa bene cadit in senem & potest ei licite imponi & non potest minorari nec alterari propter senectutem; quia cessat praedicta ratio debilitationis...Secunda conclusio: quod si poena est arbitraria, tunc major debet imponi juveni & robusto, quam seni, propter eius aetatem & debilitatem...Tertia conclusio: quod etiamsi poena sit certa & determinata a jure si tamen non est poena mortis, sed forte abscisiones membri, vel alia poena corporales, taliter quod reus delinquens debet remanere vivus; illa potest & debet minorari in sene, quia censetur major & gravior in eo potius quam in juvene & robusto, quia propter eius senectutem & debilitatem ex ea posset mori. Quarta & ultima conclusio: quod si ex delicto veniat imponenda poena pecuniaria, illa non debet minorari in sene; quia cessat praedicta ratio principalis debilitatis”.

Juan de Hevia Bolaños prácticamente reprodujo las palabras del anterior jurista, aunque agregó una importante novedad. Todos los ancianos, incluidos los decrepitos, podían delinquir, ser acusados y castigados con la pena ordinaria consignada en la ley, ya que aunque les faltase las fuerzas físicas no les faltaba entendimiento. Únicamente exceptuaba la imposición de la pena de muerte en atención a su senectud, mientras que las penas arbitrarias debían ser inferiores que las del robusto, en atención a su debilidad, para evitar que la aplicación de estas sanciones pudiese provocarles su muerte¹⁴.

Esa ausencia de concreción legal y doctrinal de cuando se consideraba a una persona vieja para castigarle con una pena menos dura provocó que los jueces impusieran sanciones muy diversas según su particular opinión. Como ejemplo de lo que decimos podemos aludir al caso de Pedro Solís, colmenero en el término de Piedrabuena, acusado en 1521 de haber robado y vendido tres colmenas de su amo. En el interrogatorio reconoció el hurto y afirmó haber vendido las tres colmenas a un tal Francisco de Toro, a cambio de una bota de vino. Los jueces tuvieron en cuenta a la hora de dictar sentencia la avanzada edad del acusado, para actuar con benevolencia y establecieron que “aviéndonos con él piadosamente, por ser como es viejo e persona de poco saber que le devemos condenar e condenamos que le sean dados çient açotes dentro de las casas de la Santa Hermandad”¹⁵. Asimismo, podemos traer a colación el supuesto de un hombre ahorcado en Madrid en 1634, a quien previamente habían perdonado dos veces por viejo y “al fin vino a pagar aun siendo más viejo”¹⁶. En un proceso de 1799 contra diferentes bandidos, se penó a uno de ellos “en atención a su abanzada edad” a cuatro años en el presidio de Ceuta “para los destinos que sea útil en aquél Hospital”¹⁷.

Pena esta última impuesta al viejo ladrón realmente reducida en comparación con la recogida en una pragmática de Felipe IV, concretamente de fecha 15 de junio de 1663. En esta norma se alude a la situación en que debían quedar los ladrones que actuaban en caminos o en poblaciones, si no acudían ante la justicia para rendir cuentas de sus fechorías después de haber sido citados mediante edictos o pregones. La declaración de rebeldes en el correspondiente proceso seguido contra ellos permitía a cualquier individuo hacer con ellos lo que estimase más oportuno como lesionarlos e incluso matarlos. Si, por el contrario, eran puestos a disposición de los jueces las penas eran ciertamente crueles, pues sucesivamente se les arrestaba, ahorcaba y, por último, se

¹⁴ Hevia Bolaños, J., *Curia philipica*, Madrid, 1797 (manejo edición facsímil), tomo I, parte III, párrafo IX, nº 3.

¹⁵ A.H.N., Diversos, Hermandades, legajo 24, nº 26, 1521, febrero, 16. La ley básica reguladora del hurto era Partidas VII,14,18 que señalaba dos tipos de penas: una económica consistente en la restitución de la cosa hurtada o su valor, más una cuantía equivalente a un múltiplo de aquella y otra corporal, cuyo contenido era la vergüenza pública y los azotes en número no determinado.

¹⁶ “Cartas de algunos padres de la Compañía de Jesús sobre los sucesos de la Monarquía entre los años 1634 y 1648”, *Memorial Histórico español*, Madrid, 1861-1865, tomo XIII, p. 88.

¹⁷ Sentencia de la segunda Sala de Alcaldes de Casa y Corte en proceso por bandolerismo, *Archivo Histórico Nacional, Sala de Alcaldes de Casa y Corte*, libro 1799, folios 1040-1074: “La Sala, teniendo presentes estos hechos atrocísimos, las razones expuestas por vuestro fiscal, la calidad de estos hombres, su vida y oficio de ladrón con caminos conocidos, y lo que exige la vindicta pública y la seguridad de las vidas y haciendas de vuestros vasallos, no habiendo encontrado en las pruebas y disculpas de que se han querido valer, alguna que minore sus delitos, le ha parecido que debía condenar... a Thomás de Caudamo, en atención a su abanzada edad y no haber concurrido a los robos en camino, y sí a algunas raterías, en quatro años de presidio en el de Ceuta para los destinos que sea útil en aquel Hospital...”.

les descuartizaba¹⁸. Severidad penal que, seguramente, fuese consecuencia de los intentos de la Monarquía de demostrar ante los súbditos su autoridad y fortaleza, intimidando a todos aquellos que pretendiesen poner en peligro la deseada tranquilidad en el seno de la comunidad, reprimiendo a “los salteadores que hurtan en los caminos y despoblados con grande impiedad y tiranía, pues muy pocas veces roban sin matar, temiendo ser descubiertos y perseguidos en la justicia”¹⁹. Por tanto, el rey debía aparecer como el más fiel guardián de los individuos y sus bienes, y para ello nada mejor que imponer las penas más crueles posibles²⁰. En este sentido, podemos decir que la administración de justicia fue utilizada por los soberanos con una finalidad esencialmente propagandística, ya que la monarquía de esos siglos buscó ante todo una justicia efectiva, muy dura, que transmitiese la mejor imagen del monarca²¹.

En resumidas cuentas, parece que los jueces cuando se trataba de imponer penas corporales se mostraban más benévolos con los ancianos que con los jóvenes por la comisión de un mismo delito, aunque, retomando las anteriores palabras de Antonio Gómez, la permisividad desaparecía cuando se castigaba con penas pecuniarias o patrimoniales, donde aquí de nada servía atender a la edad de los reos para sancionar de forma diferenciada. Para comprender esto último, es preciso aludir al interés de los jueces en castigar a los delincuentes con penas de naturaleza económica porque estaban legalmente autorizados a participar en su reparto. Así quedó consagrado desde los tiempos de los Reyes Católicos para reprimir los desafíos. En la norma reguladora de este asunto se dispuso el reparto tripartito de los bienes de los condenados entre el juez, la cámara real y el denunciante²². Con posterioridad este reconocimiento del derecho de los jueces sobre los bienes se fue incrementando para abarcar con ello diferentes supuestos delictivos.

Pero es que, junto a ese reconocimiento legal de que los jueces participasen en el reparto de las penas económicas, también su arbitrio se ponía en marcha para

¹⁸ Gutiérrez, J.M. describió en su día con gran minuciosidad todos los trámites relacionados con este macabro acto del descuartizamiento del cadáver de un delincuente. De todo lo que nos dice extraemos uno de los párrafos recogidos en su *Práctica criminal de España*, Madrid, 1818, tomo I, cap. 9, nº 42, p. 314. En él aparece escrito que “quando se manda descuartizar los cadáveres de los ajusticiados para poner los cuartos en los caminos, concurren también por la noche los individuos de las cofradías y entregan el cadáver al ejecutor de la justicia, quien le pone en un carro, y acompañado de alguaciles y Escribano Oficial de la Sala, le conduce a los parages donde han de ponerse los cuartos, de todo lo qual pone el escribano testimonio, de que se da cuenta a la Sala y que se une a la causa. Además, los hermanos de la cofradía de la Misericordia se ejercitan, entre otras obras de caridad, en recoger los cuartos de los ajusticiados puestos en los caminos para darles sepultura en el día que esta destinado por constitución, precediendo licencia de la Sala, y siempre que esta conceptua preciso que se haga lo mismo, manda lo ejecuten los individuos de las cofradías...”.

¹⁹ García, C., *La desordenada codicia de los bienes ajenos (1619)*, editado por Aguilar, Madrid, 1986, nº 20, vol. II, cap. VII-VIII, p. 116.

²⁰ Jiménez de Asúa, I., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1964, tomo I, p. 748.

²¹ Alonso Romero, M.P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, p. 203.

²² Novísima Recopilación XII,20,1. Anteriormente, se recogieron en un ordenamiento de Cortes promulgado durante el reinado de Alfonso XI todos los delitos que llevaban como sanción una pena pecuniaria. Este ordenamiento encontró su continuidad en otro de Enrique III, promulgado en el año 1400, a través del cual se pretendió encuadrar en un cuerpo legal todos aquellos delitos castigados con penas pecuniarias en los ordenamientos de cortes, pragmáticas y cartas de los monarcas posteriores a Alfonso XI. Sobre todo esto, Cerdá Ruiz-Funes, J., “Dos ordenamientos sobre las penas pecuniarias para la cámara del rey. Alfonso XI y Enrique III”, *Anuario de Historia del Derecho español*, XVIII (1947), pp. 444 y 447.

imponerlas en supuestos en que las leyes guardaban silencio sobre el particular o bien con el objetivo de incrementar la cuantía tipificada. Sea como fuere, en realidad los jueces supieron compensar con creces la exigüidad de sus salarios, todo ello con el consiguiente detrimento en la posición del condenado. Sin lugar a dudas, esa impaciencia demostrada por los jueces a la hora de recibir su parte de la multa debió acarrear importantes inconvenientes, lo que provocó que algunos juristas de la época se plantearan cuáles podían ser las medidas más adecuadas para zanjar esta polémica. Así, Castillo de Bobadilla estimaba que los jueces sólo podían cobrar después del fisco regio “porque el mayor en orden y dignidad ha de ser primero en cobrar su porción” para agregar algunas líneas más adelante que “hazer el juez concierto o avenencia antes de la sentencia de lo que toca a su parte de la pena que la ley le aplica es muy torpe y perjudicial al fisco”²³.

Además, las penas fijadas en la norma de este periodo se rigieron por el principio de la búsqueda de un fin utilitario para los intereses de la colectividad. Es fácil comprender que también ese objetivo se cumplió perfectamente con las penas pecuniarias. A través de ellas, la Hacienda real obtuvo dinero con el que sufragar los innumerables gastos realizados para el sostenimiento de su complicado aparato burocrático²⁴. Hasta tal extremo llegaba este principio utilitarista que sólo si algún delincuente condenado a pena pecuniaria carecía de bienes se le sustituía por una corporal. Profundizando en este asunto, Alonso Romero ha afirmado que “la idea inspiradora del proceso penal era ante todo la de poder servirse del reo, poder extraer de él un provecho, valiéndose para ello de unos actos procedimentales que se configuran a partir de ciertos criterios de rentabilidad, según los cuales de lo que se trata es de recoger los beneficios de una pena concebida como el precio del crimen”²⁵.

De estas palabras es fácil inferir que las penas pecuniarias ocupasen un lugar privilegiado dentro del sistema penológico de este periodo. Como se ha dicho, la caza del reo y, por supuesto, de su patrimonio se convirtió en el objetivo primordial que perseguía cualquier proceso penal, al tiempo que justificaba la importancia creciente de la figura del fiscal, personado en el proceso por motivos estrictamente económicos, defendiendo las expectativas de la Monarquía²⁶. En este sentido, se llega a comprender que el fiscal sólo interviniese en aquellos procesos de los que la cámara real pudiese resultar beneficiada, a través de las penas pecuniarias impuestas por sentencia judicial²⁷.

Otro ámbito donde encontramos un trato diferenciado para los ancianos fue el relativo a la aplicación de la tortura como forma de obtener la confesión de los sospechosos de ser autores de ciertos delitos o de los reos para que declarasen quienes fueron sus cómplices y el aplicable a ciertos testigos. Las Partidas definían el tormento como “una manera de prueba que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodrinar e saber la verdad por el, de los malos fechos que se fazen encubiertamente en non pueden ser sabidos ni prouados por otra manera”²⁸. La tortura se admitía como un remedio subsidiario al que sólo debía acudir en el supuesto de que en el proceso no se

²³ Castillo de Bobadilla, *Política...*, tomo II, libro V, cap. VI, nº 7 y 9, p. 612.

²⁴ Tomás y Valiente, *El Derecho penal...*, p. 358; De las Heras Santos, *La justicia penal...*, p. 212.

²⁵ Alonso Romero, M.P., “El proceso penal en la Castilla Moderna”, *Estudis* 22, Valencia, 1996, p. 201.

²⁶ *Ibid*, p. 204.

²⁷ Alonso Romero, M.P., *El proceso penal...*, p. 149.

²⁸ Partidas VII,30,1.

hubiera podido lograr una prueba plena donde quedase demostrada la certeza sobre los hechos dudosos. Sólo a falta de confesión, testigos o documentos, el juez podía ordenar el tormento²⁹.

Conforme a la ley, del tormento quedaban exonerados las personas de situación preeminente por su rango social: como nobles, los constituidos en dignidad (doctores, consejeros del rey, regidores municipales, etc.), las personas débiles (menores de catorce años) o por su estado (mujeres embarazadas)³⁰. Como sucedió en tantas otras ocasiones, los autores se encargaron de ampliar esta relación de privilegiados e incluyeron en ella a los ancianos por analogía con la debilidad de los menores de catorce años. La duda estribaba en fijar una edad mínima para que el sujeto quedara libre de tormento o dejar una vez más que el arbitrio del juez entrase en juego³¹. Hevia Bolaños reducía el privilegio exclusivamente al viejo decrepito, sin que bastara la avanzada edad del sujeto para no aplicarle la tortura³².

Sin embargo, ciertos autores consideraban que esta exención no se aplicaba cuando se habían cometido delitos como el pecado nefando o lesa Majestad divina o humana porque su especial gravedad obligaba a torturar a cualquier individuo sin atender a sus características concretas³³. La modalidad de tormento aplicable dependía de la mera discrecionalidad del juez según la complejidad del delincuente y el tipo de delito perpetrado, dando los autores preferencia al tormento de agua, cordeles y garrucha, según se fijaba en una ley de Partidas³⁴. Más explícito se mostró en 1632 Quevedo y Hoyos cuando escribió que no había exentos de tortura ante los delitos de lesa majestad, conspiración, sacrilegio, herejía, simonía, sodomía, asesinato, muerte con veneno, falsedad, traición y corrupción testifical, con la única excepción de mujeres embarazadas, niños y mayores de setenta años³⁵. Edad ciertamente elevada si atendemos al promedio de vida en aquella época y que debió conllevar que la inmensa mayoría de los adultos fuesen sujetos idóneos para padecer el tormento.

²⁹ Alonso Romero, M.P., “La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX)”, *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, 2002, p. 482.

³⁰ Partidas VII,30,2: “Otro si dezimos que non deven meter a tormento a ninguno que sea menor de catorze años, nin a Cavallero, nin a Maestro de Leyes o de otro saber, nin a ome que fuesse consejero o villa del Rey, nin a los fijos destos sobredichos, leyendo los fijos de buena fama, nin a muger que fuesse preñada, fasta que para, Moguer que fallen señaladas sospechas contra ellos. Esto es por la honra de la sciencia e por la nobleza que ha en si; e a la muger por razon de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal”. Con profundidad se ocupó de esta cuestión Martínez Díez, G., “La tortura judicial en la legislación histórica española”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 32 (1962), p. 254.

³¹ Hevia Bolaños, J., *Curia Philipica*, Madrid, 1753 (manejo edición facsímil), tomo I, parte III, par. 16, p. 224. Junto a los ancianos decrepitos, la práctica judicial amplió el privilegio de no ser atormentados a los clérigos de orden sagrado, a las mujeres durante cuarenta días después del parto o un periodo mayor si así lo requería la lactancia; Martínez Díez, “La tortura...”, p. 267.

³² Hevia Bolaños, *Curia...*, tomo I, parte III, párrafo XVI, nº 5, p. 229.

³³ Gómez, *Variae resolutiones...*, cit., tomo III, cap. 13, nº 3-4; López, G., Glosa a Partidas VII,30,2 y Suárez de Paz, G., *Praxis ecclesiasticae et saecularis cum Actionum formulis, et actis processum*, Valladolid, 1609, tomo I, part. 5, cap. 3, nº 43. De esta materia se ocupa ampliamente, Tomás y Valiente, F., “La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España”, *Obras completas*, Madrid, 1997, tomo I, p. 817.

³⁴ Partidas VII,30,1. Aunque en este texto se reconocía que existían diversas formas de tortura, únicamente se hacía referencia en él a las dos principales, “la una se faze con feridas de açotes. La otra es colgando al ome que quieren tormentar delos braços e cargandole las espaldas e las piernas de lorigas o de otra cosa pesada”.

³⁵ Quevedo y Hoyos, *De indicios y tormentos*, Madrid, 1632, P. II, cap. I, fol. 63 ss. Sobre estos delitos, Ramos Vázquez, I., “La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la Edad Moderna”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26 (2004), pp. 255 ss.

3. El anciano en el sistema penal ilustrado

Los principios a que hemos venido aludiendo todavía inspiraban el Derecho penal a fines del siglo XVIII. No obstante, la sociedad había cambiado sustancialmente pero “el legislador, el rey, apenas modificó con ideas y con técnica o política penal nuevas un ordenamiento penal que cada vez se petrificaba y anquilosaba en su progresivo anacronismo. La misma libertad de acción de los jueces y magistrados fue la vía que permitió la entrada, a mediados del siglo XVIII, de aires nuevos, pero sin grandes resultados. El duro y severo bloque de leyes se resquebrajaba en la práctica por mil grietas abiertas al abuso. Los ilustrados quisieron apuntalar con reformas importantes aquella situación, pero los reyes absolutos no se lo permitieron”³⁶.

La Novísima Recopilación de 1805 recogía todo el conjunto de Derecho penal y procesal penal proveniente de la Nueva Recopilación de leyes de España promulgada por Felipe II en 1567. Entre las normas más graves incorporadas puede mencionarse aquella de Felipe V que condenaba a pena capital a cualquier persona de más de diecisiete años que hubiera cometido hurto en la Corte, con o sin resultado de muerte. Los azotes, la pena de marca, las mutilaciones, todas estas penas legalmente estaban vigentes, otra cosa es que no se aplicasen o que su aplicación efectiva lo fuese en escasa medida. Con carácter supletorio el Fuero Juzgo, las Partidas y los otros cuerpos legislativos medievales siguieron vigentes, incluyendo abundantes normas penales que configuraban un conjunto bastante disperso, difícil de conocer y manejar y, por supuesto, de carácter asistemático³⁷.

Fue a partir del último tercio del siglo XVIII cuando se advirtió en la literatura jurídico-penal española y en la actitud de los órganos de la administración de justicia la influencia de Montesquieu, Rousseau o Beccaria, de modo que el pensamiento de Lardizábal, Cabarrús, Jovellanos, Juan Pablo Corner, Meléndez Valdés o Sempere y Guarinos se desenvuelve ya en unos esquemas que comienzan a desmarcarse de los que fueron tradicionales al Antiguo Régimen, aunque aquéllos todavía se conforman con proponer reformas dentro de éste, pues no aciertan a vislumbrar aún la posibilidad de una transformación radical de este sistema político³⁸.

Es entonces cuando surgen entre esa doctrina una serie de principios que, de algún modo, aspirarían a verse más adelante en la ley. Con frecuencia aluden a la defensa del fin correctivo de la pena. Critican las sanciones desproporcionadas, por coherencia con su finalidad retributiva, pero también por razones de eficacia penal. Reivindican el principio de responsabilidad personal, con el rechazo de la confiscación y de la infamia, en la medida que las consecuencias derivadas de estas penas trascendían a terceros. Se oponen al principio de desigualdad ante la ley, muestran su rotundo

³⁶ Tomás y Valiente, *El Derecho penal...*, cit., p. 407. También sobre este particular, Alejandro García, J.A., “La crítica de los ilustrados a la Administración de Justicia del Antiguo Régimen”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXVI, vol. II, El Escorial, 1993.

³⁷ Antón Oneca, J., “Los antecedentes del nuevo Código penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 154, 1929, p. 33: “Una penalidad medieval ha estado vigente hasta mediados del siglo XIX. Si no se aplicaba constantemente era por la disposición humanitaria de los jueces, quedando la suerte del reo en completa inseguridad ante la posibilidad de que aquéllos echasen manos de los rigores pretéritos”.

³⁸ Gacto Fernández, “Aproximación a la historia...”, pp. 525 y 526.

rechazo a la tortura, etc.³⁹. Tal y como ha puesto de relieve Alejandro García, se hacía necesario que “la razón del hombre se impusiera a la razón de Estado, sustituyendo los argumentos de contenido teológico a favor del poder represor por consideraciones más humanitarias que condujesen no sólo a un nuevo Derecho derivado del pacto social, sino también a un nuevo aparato institucional y procesal más racional, del que estuviesen ausentes los vicios anteriores, tolerados o fomentados por el poder”⁴⁰.

Como muestra de lo decimos, podemos traer a colación las palabras que a fines del XIX pronunció Joaquín Francisco Pacheco quien vino a calificar a la legislación penal vigente con anterioridad a la promulgación de los códigos como “una normativa en la que nada era digno de respeto, nada era digno de conservación, ninguna parte se podía reservar para la regla de la sociedad futura. Toda entera se necesitaba transformarla. El carro de la destrucción y de la reforma debía pasar sobre el edificio ruinoso, porque no había en él apenas un marco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse”⁴¹.

El Derecho penal europeo fue poco a poco transformándose. Ya desde fines del setecientos se sentía la necesidad de desarrollar un replanteamiento global de la economía, de la organización social, de las formas de convivencia y, en general, de las diversas facetas de la vida del hombre. En ese contexto se acometió, entre otras, la difícil misión de redefinir sobre nuevos parámetros el sistema judicial y penológico. Como ha afirmado Pedro Fraile “era necesario explicar de una forma distinta por qué el hombre podía castigar a su semejante, así como la manera de hacerlo”⁴².

En la imposición de las penas no sólo debía tenerse presente el interés de la sociedad, sino también el del propio delincuente, castigándolo de modo que su honor, dignidad y calidad de hombre fuesen respetados. Esos cambios se dejaron sentir en España, lo que provocó que algunos de los más ilustres ministros de Carlos III como el marqués de Ensenada, Floridablanca, Campomanes, Jovellanos y otros pretendieran cambiar la legislación civil y criminal⁴³.

El movimiento de reforma iniciado por Beccaria fue conocido en España y su libro *Dei delitti e delle pene* (1764), traducido al castellano, influyó en la ideología de un nutrido grupo de españoles ilustrados. Los principios fundamentales de la obra de Beccaria estaban dirigidos contra los abusos e injusticias del Derecho penal del siglo XVIII. El autor italiano defendía la legalidad del Derecho, con el fin de acabar con el

³⁹ Herrero Herrero, C., *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, 1989, pp. 295 y ss. En concreto, sobre la pena de confiscación de bienes, Pino Abad, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999, y sobre la de infamia, Masferrer, A., *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, Madrid, 2001.

⁴⁰ Alejandro García, “La crítica...”, cit, p. 430.

⁴¹ Pacheco, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, pp. 51 y 52, Madrid, 1888; Dorado Montero, P., *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, p. 223, nota 1.

⁴² Fraile, P., “El pensamiento penológico del setecientos español: D. Manuel de Lardizábal”, *Pedralbes. Revista d’historia moderna*, nº 6 (1986), p. 165.

⁴³ Casabó Ruiz, J., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, *Anuario de Derecho Penal*, 22 (1969), p. 312; Silvela, L., *Curso de Derecho penal español*, p. 56; Gacto Fernández, E., “Aproximación a la Historia del Derecho penal español”, *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales (Atti dell’incontro di studio Firenze-Lucca, 25,26, 27 maggio 1989)*, Milano, 1990, p. 525.

poder judicial arbitrario, el proceso acusatorio, la igualdad de nobles, burgueses y plebeyos, la moderación de las penas y la proporcionalidad entre delitos y penas⁴⁴.

Meléndez Valdés, desde su cargo de fiscal de la sala de Alcaldes de Casa y Corte, criticaba a la legislación española por “parecerle imperfecta por heterogénea, incoherente, anticuada, compleja e inadaptada a la vida del siglo XVIII, al tiempo que mostraba su humanidad y sensibilidad como hombre de la Ilustración: “lloraba sobre las víctimas de los delitos, pero a veces también sobre el reo”⁴⁵.

Alfonso María de Acevedo, abogado, advertía que había muchas leyes superfluas, sin uso y fuera de toda práctica de los tribunales, “pudiéndose cercenar muy bien títulos enteros sin que hicieran ninguna falta”, al tiempo que se alineaba con otros juristas en orden a reclamar una necesaria proporcionalidad entre los delitos y las penas⁴⁶.

En último lugar, Manuel de Lardizábal, el más célebre criminalista español del siglo XVIII, siguió los planteamientos de Montesquieu, quien creía que las leyes estaban condicionadas por factores físicos, lo que lleva a Lardizábal a “encontrar justificación a las leyes severísimas surgidas en tiempos tenebrosos y aconseja al legislador que tenga siempre presente la religión, el carácter, las costumbres y el genio de la nación que gobierna”. Por todo ello, reivindica “la necesidad de reformar las leyes no por exigencias de la razón, sino por adaptación histórica”. Igualmente, se fundamenta en las obras de Montesquieu para sostener la moderación de las penas con la finalidad de hacerlas más eficaces⁴⁷. Ahora bien, el reformismo que Lardizábal defendía era un tanto moderado, basado en cambios graduales, procurando adaptar la normativa penal a los principios teóricos de su época⁴⁸.

No obstante ello, es posible aducir en descargo de Lardizábal que el momento histórico no era el más propicio para abordar unos cambios de tanta envergadura como los demandados. Líneas atrás hemos apuntado que las ideas de Beccaria fueron acogidas como propias por un amplio sector de españoles ilustrados, aunque como recuerda Tomás y Valiente “también hubo un núcleo de defensores acérrimos del Derecho penal vigente que atacaron a Beccaria y a sus seguidores. Entre ambas tendencias, la Monarquía de Carlos III y Carlos IV optó por la pasividad y los intentos de reforma legal fracasaron por completo antes del período liberal...”⁴⁹.

No es de extrañar ese desenlace si se tiene presente que la Ilustración fue identificada por muchos con lo extranjero, con lo antiespañol y antirreligioso. Para un

⁴⁴ Tomás y Valiente, Introducción al libro de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1969, pp. 32 y ss; Del mismo autor: *La tortura en España...*, pp. 180 a 187; Rivacoba y Rivacoba, M., “La reforma penal de la Ilustración”, *Doctrina penal*, n° 42, Buenos Aires, abril-junio, 1988, p. 244; Alejandro García: “La crítica de los ilustrados...”, cit., p. 445.

⁴⁵ Demerson, G., Introducción al libro de Meléndez Valdés, *Discursos forenses*, Madrid, 1986, pp. 15 y 17.

⁴⁶ Sempere y Guarinos, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, (edición facsímil, Madrid, 1969, tomo I, pp. 81 y 88).

⁴⁷ Antón Oneca, J., “El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 172 (1966), p. 620.

⁴⁸ Bermejo Cabrero, J.L., “Manuel de Lardizábal y Uribe”, *Enciclopedia de Historia de España. Dirigida por Miguel Artola*, Madrid, 1991, tomo IV, p. 469.

⁴⁹ Tomás y Valiente, Introducción al libro de Beccaria, *De los delitos...*, cit., p. 39.

grupo social importante, la Ilustración se había convertido en una secta perversa, con sus orígenes en Caín o en Judas y con el único programa de destruir la religión y “subvertir el orden sacrosanto social con los señuelos de libertad, igualdad, oposición a la tortura y con tantas novedades más, odiosas por nuevas”⁵⁰. A todo ello habría que agregar la continua persecución del pensamiento ilustrado a cargo de la Inquisición que tachaba de peligrosos o heréticos muchos libros donde se contenían sus ideales⁵¹ y el estallido de la Revolución francesa en 1789 que supuso un evidente freno a la materialización de todas las reformas penales emprendidas en España⁵².

Tampoco hay que olvidar que los mismos ilustrados se marcaron en el plano jurídico un objetivo muy difícil de alcanzar: el establecimiento de un derecho distinto que sirviese a una sociedad nueva y más equitativa. Un derecho que acabase con injustas soluciones enraizadas a lo largo de muchos siglos. Por todo ello, y pese a su fracaso, es necesario reconocer, como escribe Alejandro que “el grupo de eruditos que acometieron la reforma tuvieron una gran dosis de valentía, a la vez de esperanza y optimismo, que les llevó a denunciar los males del sistema jurídico elaborado sobre bases romanistas, sino también a proponer los remedios oportunos para conseguir que el Derecho resultara adecuado a las exigencias de los tiempos y de la razón”⁵³. Dicho de manera más resumida: “los autores ilustrados prefiguraron la nueva sociedad viviendo en la vieja”⁵⁴, pero se encontraron con el que clima social se mostraba contrario a las ideas que aquéllos abanderaban, impidiendo con ello que cristalizara la tan deseada reforma penal a fines del siglo XVIII, aunque se allanó el terreno a la actuación de los liberales. Así éstos no necesitaron improvisar nada. Les bastó con recoger las propuestas de sus predecesores. Sobre este particular, tal y como pone de manifiesto González Alonso, “el liberalismo lo único que hizo fue enlazar con el humanitarismo ilustrado y hacer suyas las tesis construidas por los reformistas del siglo anterior en materia penal”⁵⁵.

Para alcanzar esa meta había previamente que romper con el régimen anterior mediante la promulgación de un texto constitucional de marcado carácter liberal. Por decreto de 24 de septiembre de 1810, las Cortes de Cádiz se declararon Generales y Extraordinarias, esto es, constituyentes, asumiendo la soberanía nacional, en cuanto representantes de la nación española, estableciendo el principio de división de poderes y exigiendo al Consejo de Regencia el juramento de acatar los decretos, las leyes y la

⁵⁰ Egido, T., “Los anti-ilustrados españoles”, *La Ilustración en España y Alemania*, Barcelona, 1989, pp. 111 y 114.

⁵¹ Tomás y Valiente, “Expediente de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 34 (1964), p. 418.

⁵² Casabó Ruiz, “Los orígenes de la codificación...”, p. 329; Alejandro García, “La crítica de los ilustrados...”, p. 450.

⁵³ Alejandro García, “La crítica de los ilustrados...”, p. 430.

⁵⁴ Fraile, P., “El pensamiento penológico del setecientos español: D. Manuel de Lardizábal”, *Pedralbes. Revista d'història Moderna*, nº 6 (1986), cit., p. 179.

⁵⁵ González Alonso, “La justicia”, p. 405. Más recientemente, de esta cuestión se ha ocupado ampliamente en diversos trabajos Masferrer, A., *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, Jaén, 2003; “Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 73 (2003); “La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”, *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Madrid, Dykinson, 2007; “Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A comparative Legal History Approach”, *Journal of Comparative Law*, vol. 4, nº 1 (2009).

futura Constitución⁵⁶. Ya un año antes había acontecido un hecho de suma relevancia. Nos referimos a la creación de una Junta de Legislación, por orden de la Comisión de Cortes, con el objetivo de que se examinasen y se expusiesen todas las reformas que la Junta estimase convenientes en las distintas ramas de la legislación española. Desde su primera reunión, celebrada el 4 de octubre de 1809, se propuso como uno de sus objetivos prioritarios la reforma de la legislación criminal y de los procesos criminales⁵⁷.

De todas formas es preciso subrayar que la restauración del absolutismo con la vuelta de Fernando VII en 1814 impidió la consolidación del sistema elaborado por las Cortes, aunque la justicia no regresó enteramente al punto en que se encontraba en 1808⁵⁸ porque el propio monarca fue consciente de la necesidad de implantar un sistema penal más humanitario y acorde con los nuevos tiempos. Así, el rey afirmaba en uno de sus decretos que “algunas penales de las Partidas, hechas según las opiniones y circunstancias críticas de aquellos tiempos de continua agitación y turbulencias, adolecen de severidad nada compatibles con la civilización y costumbres del día, que es siempre la voz muda que siempre indicó la ley que más conviene”⁵⁹.

Esas críticas tendrían su fiel reflejo en el primer Código penal vigente en España. Nos referimos al de 1822. Se ha sostenido que el mismo se apoya sobre el iluminismo jurídico, con clara influencia de Montesquieu, Rousseau, Beccaria y Filangieri⁶⁰. Respecto al proyecto de Código se hicieron un total de cuarenta y dos informes, emitidos por tribunales, universidades y colegios de abogados. Especialmente nos interesa en este momento detenernos, dado el tema que estudiamos, en la objeción decimotercera, que fue ampliamente comentada por el diputado Calatrava en la sesión de 23 de noviembre de 1821. En concreto, la Audiencia de Galicia había propuesto que se dejase al arbitrio de los jueces la aplicación por equivalencia de las penas para acomodarlas a las diferentes circunstancias físicas, morales y políticas de los delincuentes. En su respuesta, recuerda que la Comisión creyó conveniente que en España no debía admitirse esa distinción de penas después de promulgada la Constitución de 1812, ya que en la misma quedaba establecida la igualdad en derechos y obligaciones, en recompensas y castigos de todos los españoles. Según su opinión, la igualdad legal consistía en que cada ciudadano estuviese sujeto a la misma pena. Tras citar a Beccaria, insiste en la igualdad penal para cualquier persona. No obstante ello, se mostraba partidario de que tal principio cesase cuando se trataba de mujeres, niños,

⁵⁶ Tomás y Valiente, “Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Anuario de Historia del Derecho español*, 65 (1995), p. 57.

⁵⁷ *Acuerdos de la Junta de Legislación*. Tomado del apéndice documental que se recoge en el trabajo de Tomás y Valiente: “Génesis...”, p. 105.

⁵⁸ González Alonso, “La justicia...”, p. 407.

⁵⁹ “Real decreto de 2 de diciembre de 1819, por lo que S.M. ordena que el Consejo se encargue de la formación de un nuevo código criminal para que con claridad y sencillez pueda clasificarse los delitos y aplicar a ellos el justo castigo”, *Decretos del rey D. Fernando VII, año VI de su restitución al trono de las Españas*, Madrid, 1823, tomo VI, p. 502.

⁶⁰ Antón Oneca, “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal*, 18 (1965), p. 271; Cardenal Murillo, A., “Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho penal español”, *Cuadernos de política criminal*, 37, 1989, p. 14: “su concepción ideológica se encuentra fundamentada en la corriente de los filósofos-penalistas de la Ilustración, encontrándose en él un reflejo destacado de la filosofía de Bentham, sin que ello signifique negar el influjo de otros autores”.

ancianos y sacerdotes, para los cuales los jueces, según las circunstancias concurrentes, podían señalar las penas más acordes⁶¹.

En suma, el alumbramiento de una nueva centuria y con ella el de un nuevo sistema penal no supuso la desaparición de lo que ya habían adelantado las Partidas en el XIII: los jueces debían atender a las circunstancias que concurrían en ciertos sujetos, entre ellos los ancianos, a la hora de fijar la pena que fuese más acorde, considerando que por su debilidad se hacían acreedores a recibir sanciones inferiores que otros sujetos adultos por la comisión de los mismos delitos.

Apéndice bibliográfico

Alejandro García, J. A., “La crítica de los ilustrados a la Administración de Justicia del Antiguo Régimen”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXVI, vol. II, El Escorial, 1993.

Alonso Romero, M. P.:

- *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982.

- “El proceso penal en la Castilla Moderna”, *Estudis* 22, Valencia, 1996.

- “La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX)”, *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, 2002.

Antón Oneca, J.:

- “Historia del Código penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal*, 18 (1965).

- “El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 172 (1966).

- “Los antecedentes del nuevo Código penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 154 (1969).

Bermejo Cabrero, J. L., “Manuel de Lardizábal y Uribe”, *Enciclopedia de Historia de España, dirigida por Miguel Artola*, Madrid, 1991, tomo IV.

Cardenal Murillo, A., “Primeros ensayos de codificación y principio de culpabilidad en el Derecho penal español”, *Cuadernos de Política criminal*, 37 (1989).

“Cartas de algunos padres de la Compañía de Jesús sobre los sucesos de la Monarquía entre los años 1634 y 1648”, *Memorial Histórico español*, Madrid, 1861-1865.

Casabó Ruiz, J., “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, *Anuario de Derecho Penal* 22 (1969).

Castillo de Bobadilla, J., *Política para corregidores y señores de vasallos* (edición facsímil, Madrid, 1978).

Castro, A., *De potestate legis poenalis libri duo*, (traducción de Laureano Sánchez Gallego, Murcia, 1931).

Cerdá Ruiz-Funes, J., “Dos ordenamientos sobre las penas pecuniarias para la cámara del rey. Alfonso XI y Enrique III”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18 (1947).

Demerson, G., Introducción al libro de Meléndez Valdés *Discursos Forenses*, Madrid, 1986.

Dorado Montero, P., *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895.

Egido, T., “Los anti-ilustrados españoles”, *La Ilustración en España y Alemania*, Barcelona, 1989.

Fraile, P., “El pensamiento penológico del setecientos español: D. Manuel de Lardizábal”, *Pedralbes. Revista d'història moderna*, 6 (1986).

Gacto Fernández, E., “Aproximación a la Historia del Derecho penal español”, en *Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales (Tai dell'incontro di Studio Firenze-Lucca, 25, 26, 27 maggio 1989)*, Milano, 1990.

García, C., *La desordenada codicia de los bienes ajenos*, Madrid, 1986.

García Marín, J. M., “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, *Teoría política y gobierno de la Monarquía Hispánica*, Madrid, 1988.

García Marín, J. M., “Judaísmo entre el poder y la envidia. El caso Avila ante la Inquisición”, *Revista de la Inquisición*, 4 (1995).

Gómez, A., *Variae resolutiones iuris civiles, communis et regii*, Lugduni, 1735.

⁶¹ Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria (22 de septiembre de 1821 a 14 de febrero de 1822), tomo II, nº 60, p. 926, Madrid, 1871.

- González Alonso, B., “La justicia”, *Enciclopedia de Historia de España, dirigida por Miguel Artola*, Madrid, 1988, vol. II.
- Gutiérrez, J. M., *Práctica criminal de España*, Madrid, 1818.
- Herrero Herrero, C., *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, 1989.
- Hevia Bolaños, J., *Curia philipica*, Madrid, 1797 (manejo edición facsímil).
- Jiménez de Asúa, I., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1964.
- López-Amo Marín, A., “El Derecho penal español en la Baja Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956).
- Marongiu, A., “Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23 (1953).
- Martínez Díez, G., “La tortura judicial en la legislación histórica española”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 32 (1962).
- Masferrer, A.,
- *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, Madrid, 2001.
 - *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, Jaén, 2003.
 - “Continuismo, reformismo y ruptura en la Codificación penal francesa. Contribución al estudio de una controversia historiográfica actual de alcance europeo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 73 (2003).
 - “La ciencia del Derecho penal en la codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”, *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Madrid, Dykinson, 2007.
 - “Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A comparative Legal History Approach”, *Journal of Comparative Law*, vol. 4, nº 1 (2009).
- Mendoza Garrido, J. M., *Delincuencia y represión en la Castilla bajomedieval*, Granada, 1999.
- Ortego Gil, P.:
- “La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la Edad Moderna”, *F. Puy Muñoz y S. Rus Rufino (eds.): La Historia de la Filosofía jurídica española*, Santiago de Compostela, 1988.
 - “Apercibimientos penales en la práctica criminal de la Real Audiencia de Galicia (siglos XVII y XVIII)”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 3 (1996).
- Pacheco, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1888.
- Pérez de la Canal, M. A., “La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos* 2 (1975).
- Pino Abad, M., *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, Córdoba, 1999.
- Quevedo y Hoyos, *De indicios y tormentos*, Madrid, 1632.
- Ramos Vázquez, I., “La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la Edad Moderna”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004).
- Rivacoba y Rivacoba, M., “La reforma penal de la Ilustración”, *Doctrina penal*, 42 (1988).
- Rodríguez Flores, M. I., *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1971.
- Sempere y Guarinos, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III* (edición facsímil, Madrid, 1969)
- Suárez de Paz, G., *Praxis ecclesiasticae et saecularis cum actionum formulis et actis processum*, Valladolid, 1609.
- Tomás y Valiente, F.:
- “Expediente de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 34 (1964).
 - *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969.
- Tomás y Valiente, F., Introducción al libro de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1969.
- “La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España”, *Obras Completas*, Madrid, 1997, t. I.
 - “Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 65 (1995).
- Torres Sanz, D., *La Administración central castellana en la Baja Edad Media*, Valladolid, 1982.
- Villadiego de Vasconiana y Montoya, A., *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1747.