

El principio de personalidad de la pena en el Derecho histórico castellano

Isabel RAMOS VÁZQUEZ
Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

Tras un debate parlamentario de escasa vehemencia, en el que los intereses de los distintos diputados reunidos en las Cortes de Cádiz no tardaron en encontrar un punto de acuerdo, en la primera Constitución española de 1812 quedó asentado un principio que perduraría en adelante como uno de los principios básicos del derecho penal contemporáneo: el principio de personalidad de la pena.

Su formulación en el artículo 305 de la Constitución gaditana rezaba de la siguiente forma: «Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció».

A pesar de la unanimidad con la que fue aceptado, y la perdurabilidad que mostraría en el tiempo, la necesidad de recoger este texto en la primigenia Norma Fundamental del Estado no fue una cuestión baladí. Bien es cierto que el sentir general del derecho tradicional español parecía apuntar desde antiguo a la prohibición de que las penas de un delincuente trascendiesen a sus familiares o herederos. Pero las excepciones a este principio, vagamente esbozado en la legislación, fueron puestas de relieve por algunos de los más autorizados juristas de la Edad Moderna, permitiendo que en la práctica se multiplicasen los supuestos en los que las sanciones impuestas a determinadas personas afectasen a otras, sin responsabilidad alguna en la acción ilícita, por una cuestión de mera cercanía familiar.

Tales supuestos de trascendencia de la pena se potenciaron sobre todo en los años de eclosión del absolutismo político, cuando los monarcas castellanos utilizaron esta fórmula sancionadora para reforzar su autoridad a través de la

amenaza a sus súbditos. Entonces, incapaces de mantener un aparato coactivo infalible y eficaz, el recurso a las excepciones procesales y sancionadoras en los delitos considerados más graves, se convirtieron en los instrumentos elegidos por los monarcas absolutistas para reafirmar su autoridad.

La inseguridad de la monarquía para ejercer eficazmente el «ius puniendi» en la Edad Moderna, debido a la debilidad de sus instituciones, la pluralidad de jurisdicciones y un ordenamiento jurídico poco preciso, determinaron que la severidad fuera el medio elegido contra las acciones delictivas que podían poner en peligro su poder. Por eso, no sólo se permitió a los jueces la arbitrariedad en la imposición de penas severísimas, sino que también se potenció su ejecución pública y cruel a través de espectaculares escenas de suplicios que provocaban pavor entre el público, y se legitimaron otras penas accesorias a la principal, que en ocasiones trascendían a los familiares, descendientes o herederos del reo, haciendo caso omiso del principio de la personalidad. Así, aunque de forma discontinua y puntual, el poder público podía manifestar su fuerza sobre los criminales que caían bajo el peso de sus instituciones, haciendo alarde de una fuerza desproporcionada con la que se pretendía prevenir casos similares¹.

De la descripción de esta forma de sancionar, que fue común a todas las monarquías europeas de la Edad Moderna, se encuentran espeluznantes relatos en las obras de los ilustrados, quienes reaccionaron ferozmente contra la severidad del derecho penal de su tiempo esgrimiendo los principios de un sistema sancionador más humanitario, proporcionado y útil, capaz de garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Basta leer los ejemplos contenidos en la introducción de Juan A. Deval a una de las traducciones castellanas de la obra de Beccaria, para hacerse una idea de las violentas muertes de descuartizamientos, precedidas de torturas y toda clase de vejaciones y lesiones al reo, y sucedidas de penas económicas e infamantes para sus sucesores, que se producían en la Europa del XVIII².

Y aunque en España tales sanciones de mutilaciones o descuartizamientos no eran tan frecuentes, salvo en el caso de los bandidos y salteadores de caminos para los que Felipe II dispuso que «sean arrastrados, ahorcados, i hechos quartos»³, los monarcas absolutistas tampoco se privaron de infligir una eje-

¹ Véanse, entre otros, F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII)*, Madrid, 1969, pp. 353 y ss.; M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, París, 1975 (sigo la edición de Madrid, 1992), pp. 61, y ss.; o A. M. HESPANHA, *Da iustitia á disciplina. Textos, poder e política no antigo regime*, en AHDE, 57 (1987), pp. 493 y ss.

² J. A. DEVAL, Introducción a la obra de C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Livorno, 1764, edición de Alianza Editorial, Madrid, 1968.

³ NR, 8, 11, Aut. 3.

cución agravada de la pena de muerte a los criminales más peligrosos a través de la hoguera, el aseamiento o el arrastramiento, añadiendo a la misma otras penas de igual o mayor impacto para conseguir los máximos fines retributivo y preventivo de la sanción. La pena de muerte no bastaba para colmar los objetivos expiatorios e intimidantes que se había propuesto el absolutismo político, sino que era el mínimo del que se partía⁴. Junto a ella, fue necesario recurrir a otras penas de extraordinaria gravedad, como la confiscación de bienes y la infamia, que por su propia naturaleza trasladaban sus efectos a los familiares o herederos del delincuente, en flagrante contravención del principio de personalidad de la pena.

La necesidad de reformar este sistema penal fue acusada en toda Europa por los hombres de la Ilustración, que se plantearon el derecho a castigar del Estado desde el punto de vista de un orden político-social completamente renovado. Frente a la sociedad campesina del Antiguo Régimen, ignorante, pobre y sumisa a los postulados de la religión y el absolutismo político, el desarrollo de una importante clase burguesa a finales del siglo XVIII, con un pensamiento racionalista y una base económica de tipo mercantil que había de proteger, pronto pondría de relieve la necesidad de reformar el antiguo derecho penal basado en el miedo y la incertidumbre⁵. El nuevo orden político-social que se imponía a través del racionalismo jurídico, conllevaba la creación de un sistema penal garantista, utilitario, proporcional y moderado, basado en un poder judicial independiente que asegurase la libertad del ciudadano, y en un principio de legalidad sustentado en un conjunto de leyes igualitarias e infalibles, que recuperó definitivamente el principio de personalidad de la pena, olvidado tantas veces en la doctrina y legislación de la Edad Moderna.

2. LA TRASCENDENCIA DE LA PENA EN EL DERECHO CASTELLANO

La trascendencia de las penas estaba prohibida desde antiguo por el derecho castellano, en el que arraigó la máxima de que «*todo el mal se debe seguir a aquel que lo faze*»⁶. Los hijos, sucesores o parientes de los reos no debían

⁴ Coincido en esta percepción con B. CLAVERO, *Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones*, en *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 76-77: «*no se piense sólo en la (pena) de muerte, que para la época no bastaba o no resultaba siquiera decisiva (...). Que los delitos enormes y atroces comportaban pena de muerte no era cosa que se discutiese: de ahí se partía*».

⁵ Véase en este sentido la obra de F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones*, Madrid, 1989, pp. 115-116.

⁶ Véanse las normas contenidas en el FJ 6, 1, 8 y FR 4, 5, 9.

hacerse responsables de los crímenes cometidos por aquellos, ni sufrir, por consiguiente, ninguna consecuencia jurídica derivada del ilícito.

Este principio general recogía la herencia del derecho romano clásico, vulgarizado en el *Liber Iudiciorum*⁷ y recuperado en el Fuero Real a través de los textos del *Ius Commune*⁸. En ellos se había consagrado la doctrina de que el crimen cometido por un padre o la pena sufrida por él no podía infligir deshonra alguna en su hijo, pues cada uno debía sufrir las consecuencias de sus propios actos y nadie podía constituirse en el sucesor de una culpa ajena⁹. Las sanciones por el delito que cometiera el padre no podían trascender a su sucesor porque cada uno debía ser responsable exclusivamente de sus acciones. Y aunque en la norma sólo se hacía referencia al «hijo», coincidían los autores en que esta teoría debía hacerse extensiva a otros parientes o herederos y a la mujer del delincuente, que tampoco podían verse afectados por las consecuencias penales de su crimen.

La misma consideración jurídica quedó reflejada en otros textos del derecho justiniano, en los que se señalaba la extinción de la responsabilidad penal del delincuente por causa de su fallecimiento¹⁰; o bien se recordaba a los jueces que los delitos sólo obligaban a sus propios autores, para que evitasen extender la amenaza o el miedo de la sanción allí adonde no llegaba la culpa¹¹. Sin embargo, el principio general de personalidad de la pena admitió algunas excepciones de relevancia en los propios textos del Derecho Común, según las cuales en ciertos casos podían ser castigados con penas meramente temporales los hijos por los pecados que hubieran cometido los padres¹².

Los casos en los que según el derecho romano podía recurrirse a la transmisión de las penas, fueron en la práctica los que se derivaban de los delitos considerados más graves por el ordenamiento jurídico, tales como el delito de lesa majestad o traición y el delito de apostasía. Para el segundo de ellos, una Cons-

⁷ La ley del LI 6, 1, 7, en su traducción romanceada del FJ 6, 1, 8, reza de la siguiente forma: «*Todos los pecados deven seguir á aquellos que los facen. Assí que el padre non sea penado por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la muier por el marido, ni el marido por la muier, ni el ermano por el ermano, ni el vizino por el vizino, ni el pariente por el pariente non sea penado; mas aquel sólo sea penado que fizier el pecado, y el pecado muera con él; é sus fijos, ni sus herederos non sean tenudos por ende*».

⁸ FR 4, 5, 9: «*Todo el mal se debe seguir à aquel que lo face, así que el padre no pene por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la muger por el marido, ni el marido por la muger, ni el hermano por el hermano, ni el yerno por el suegro, ni el suegro por el yerno, ni el pariente por el pariente: mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere según fuero manda, y el mal se cumpla en aquel que lo ficiere*».

⁹ D 48, 19, 26: «*Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infringere potest. Namque unusquisque ex suo admissio sorti subjicitur, nec alieni criminis sucesor constituitur*».

¹⁰ D 48, 1, 3.

¹¹ C 9, 47, 22.

¹² X 5, 7, 10.

titución tardía del siglo V prescribió que el testamento del apóstata fallecido pudiera ser anulado para que sólo disfrutaran de sus bienes los que legítimamente los mereciesen, y no los sucesores contagiados de su maldad¹³. De esta manera, se establecía implícitamente una pena de confiscación de bienes en el delito de apostasía que trascendía directamente a los hijos o herederos del criminal, a diferencia de la de otros delitos como el homicidio, el adulterio, el raptó o la violación, también condenados con la pena de confiscación de bienes en el derecho romano, pero con una trascendencia sólo indirecta para los sucesores o acreedores del criminal¹⁴.

Por su parte, la trascendencia de las sanciones se hacía mucho más nítida en el caso de los delitos de traición, comprendiendo la pena infamia además de la de confiscación de bienes para los sucesores del autor. Se consideraba que a los descendientes de los traidores se les permitía seguir viviendo como una simple muestra de la benevolencia imperial, aunque en condiciones infamantes y de extrema indigencia para que desearan más la muerte que la vida. La ley establecía así que los hijos de los traidores «a quienes por lenidad imperial concedemos la vida, porque deberían perecer en el mismo suplicio que su padre aquellos en quienes se temen los ejemplos del crimen paterno por influjo hereditario, sean considerados ajenos a la herencia y sucesión de la madre o de los abuelos... sean perpetuamente indigentes y pobres; acompáñelos siempre la infamia paterna... y sean finalmente tales que, para ellos, inspirado aversión en perpetua indigencia, sea la muerte consuelo y la vida suplicio»¹⁵.

Del contenido de estas leyes se colige que en la práctica sólo se utilizaban penas temporales para castigar a los sucesores del delincuente, tal y como decretaba de manera general el texto de las Decretales citado más arriba. Sólo en los delitos más graves y en estas dos vertientes, económica o infamante, la sanción podía ser transmitida a los familiares o descendientes del reo en el derecho romano, como excepción a la norma general que reconocía implícitamente el principio de personalidad de la pena.

La contradicción se trasladó en los mismos términos al derecho castellano de la Recepción. La ley visigoda que mantuvo la remembranza del principio de personalidad de la pena (L. 6, 1, 7), fue corregida en términos muy similares a los de la jurisprudencia romana por normas conciliares que también permitían que las sanciones pecuniarias e infamantes pudieran trascender a los sucesores del traidor debido a la gravedad del delito¹⁶. Pero en los posteriores «años oscu-

¹³ C 1, 7, 4.

¹⁴ Sobre esta cuestión véase el capítulo dedicado al derecho romano por M. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Córdoba, 1999, pp. 29 y ss.

¹⁵ C 9, 8, 51.

¹⁶ Véase A. IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla*, Santiago de Compostela, 1971, pp. 62 y 63.

ros» que se sucedieron durante la primera reconquista, la generalización de instituciones como la enemistad y la venganza privada, y el localismo jurídico derivado de la multiplicidad de fueros u otras normas locales, hacen muy difícil el poder asegurar el sostenimiento de esta doctrina jurídica¹⁷.

Habrà que esperar, en consecuencia, a que en el nuevo periodo de culturización bajomedieval se produzca la recepción del *Ius Commune*, para reencontrar con una fidelidad asombrosa la teoría romana que prescribía la personalidad de la pena, matizada y desarrollada en sus excepciones jurídicas por los propios textos legislativos. De tal manera, si tanto el Fuero Real como las Partidas reconocieron el criterio general de que las sanciones no deben trascender a los herederos o sucesores del culpable, ambos textos admitieron a reglón seguido ciertas salvedades derivadas del estudio del derecho romano:

«Por yerro que el padre fiziere non deuen recibir pena, nin escarmiento los fijos, nin los otros parientes nin la muger por el marido. Ca non es guisado que por el mal que un ome faze, den escarmiento a otro: por que la pena deue apremiar, e constreñir a los mal fechores solamente, fueras ende, si el yerro fuesse de trayción: ca estonces los fijos serían desheredados, e agraviados en algunas cosas por la trayción que su padre fizo»¹⁸.

La excepción según la cual los descendientes de traidores debían sufrir también las consecuencias de su sanción económica e infamante, se concreta aún más en otra parte del articulado de las Partidas, al tratar propiamente de las penas derivadas del delito distinguiendo por razón de sexo entre los hijos varones e hijas del traidor:

«E demás todos sus fijos, que sean varones, deuen fincar por enfiados para siempre de manera, que nunca puedan auer honrra de Cauallería, nin Dignidad, nin Oficio, nin puedan heredar a pariente que ayan, nin a otro estraño quo los estableciesse por herederos; nin pueden auer las mandas que les fueren fechas. Esta pena deuen auer, por la maldad que fizo su padre. Pero las fijas de los traydores bien pueden heredar fasta la quarta parte de los bienes de sus madres. Esto es, porque non deue ome amar, que las mujeres fiziesen trayción, nin se metiesen a esto de tan ligero, a ayudar a su padre, como los varones; e porende no deuen sofrir tan grand pena como ellos...»¹⁹.

¹⁷ Véase J. SAINZ GUERRA, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén, 2004, pp. 75 y 76.

¹⁸ El texto corresponde a P 7, 31, 9, aunque en el mismo sentido se pronuncia también el FR 4, 20, 9.

¹⁹ P 7, 2, 2.

No era ésta la única excepción admitida por el ordenamiento jurídico castellano al principio de personalidad de la pena²⁰. Junto al delito de traición, en las Partidas también quedaron señalados como casos excepcionales a la norma los delitos de apostasía y herejía, siguiendo los postulados del derecho romano clásico. En realidad, sobre estos delitos la ley prescribía únicamente la posibilidad de acusar al autor tras su muerte a los efectos de que pudiera producirse un fallo judicial, en cuyo caso entendía la doctrina que los efectos condenatorios de la sentencia debían ser sufridos también por los sucesores del delincuente²¹.

Sin embargo, dicha interpretación doctrinal no fue expresamente ratificada, desde el punto de vista legislativo, hasta principios del siglo XVI, cuando los Reyes Católicos se valieron de tan pocos antecedentes legislativos, pero sobre todo de la labor doctrinal realizada por algunos autores de la escolástica, para conciliar las contradicciones referidas sobre el principio de personalidad de la pena. Entonces, en virtud de una pragmática real dictada en el año 1501, los monarcas castellanos se pronunciaron formalmente sobre la cuestión, transmitiendo también los efectos de la pena de infamia, que Partidas sólo habían previsto de forma explícita para el delito de traición, a los sucesores de los reos en casos de herejía y apostasía:

«Mandamos que los reconciliados por el delito de herejía, y apostasía, ni los hijos, y nietos de quemados, y condenados por el dicho delito, hasta la segunda generación por línea masculina, y hasta la primera por línea femenina, no puedan ser, ni sean del nuestro Consejo, ni Oidores de las nuestras Audiencias, y Chancillerías, ni de alguna dellas, ni Secretarios, ni Alcaldes, ni Alguaciles, ni mayordomos, ni Contadores mayores, ni menores, ni Tesoreros, ni pagadores, ni contadores de quantas, ni Escrivanos de Camara, ni rentas, ni Chancillería, ni registradores, ni relatores, ni abogado, ni fiscal, ni tener otro oficio publico, ni Real en nuestra Casa, y Corte, y Chancillerías: y ansi mismo que no puedan ser, ni sean, Corregidor, nin Juez, ni Alcalde, ni Alcayde, ni Alguacil, ni merino, ni preboste, ni Veyntiquatro, ni Regidor, ni Jurado, ni fiel, ni executor, ni Escrivano publico, ni del Concejo, ni mayordomo, ni notario público, ni fisico, ni cirujano, ni boticario, ni tener otro oficio publico, ni Real en alguna de las Ciudades, villas, y lugares de nuestros Reynos, y señoríos, so las penas en que caen, é incurren las personas privadas que usan de oficios para que no tienen habilidad, ni capacidad: y so pena de confiscación de todos sus bienes para la nuestra Cámara y fisco: en las quales

²⁰ La norma que prescribía la confiscación de todos los bienes del traidor fue ratificada por reyes posteriores y recopilada expresamente en NR 8, 18, 2.

²¹ Véase particularmente la glosa (m) de G. LÓPEZ a P 7, 1, 7, y también la ley contenida en P 7, 25, 7 sobre la apostasía.

penas incurran por el mismo hecho, sin otro processo, ni sentencia, ni declaración: y las personas queden a la nuestra merced»²².

En el caso de la pena de confiscación de bienes, la trasmisión de sus efectos a los descendientes de apóstatas y herejes encontraba mayores dificultades para conciliarse con la legislación alfonsina. A diferencia de lo que ocurría con la de la infamia, el texto de las Partidas sí se había pronunciado expresamente acerca de ella, y respetaba los derechos sucesorios de los herederos legítimos del autor, sin dejar ningún margen a la interpretación jurídica²³. En consecuencia, cuando monarcas posteriores quisieron aprovecharse de los beneficios que la trasmisión de dicha pena económica repercutía sobre sus arcas, tuvieron que buscar otras argumentaciones jurídicas para extender «*contra legem*» los efectos de la misma sobre los sucesores del autor²⁴, hasta que finalmente pudieron dejar asentada la legislación contraria a principios de la Edad Moderna²⁵.

Estaban empezando entonces a despuntar los años del absolutismo político, y los monarcas castellanos encontraron en la extensión de las penas sobre los familiares de los delincuentes una fórmula más para reforzar su recién adquirido «*ius puniendi*». A falta de otros medios, se pretendía la imposición de la autoridad mediante un aparato coactivo particularmente severo y amenazador. Los súbditos no sólo eran compelidos a apartarse del crimen mediante penas muy crueles que recaían sobre ellos mismos, sino que también tenían que preocuparse por los efectos que tales sanciones podían ocasionar sobre sus familiares más cercanos en el caso de los delitos especialmente graves.

La estrategia servía de forma muy eficaz al objetivo intimidatorio de la sanción que se había propuesto el absolutismo político. Pero para poder conciliar esta finalidad política con los principios jurídicos fue necesario recurrir a las

²² NR 8, 3, 3.

²³ P 7, 26, 2: «...*Otrosi dezimos que los bienes de los que son condenados por herejes, o que mueren conocidamente en la creencia de la herejía, deven ser de sus fijos, o de sus descendientes dellos. E si los non ovieren, mandamos que sean de los más propincos parientes católicos dellos, e si tales parientes non ovieren, dezimos que si fueren seglares los herejes, el Rey deve heredar todos sus bienes, e si fueren clerigos, puede la Iglesia demandar e auer fasta un año después que fueron muertos, lo suyo dellos. E dende en adelante lo debe aver la camara del Rey, si la iglesia fuere negligente en lo non demandar en aquel tiempo*».

²⁴ Sobre el particular puede consultarse M. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes...*, pp. 327-328.

²⁵ NR 8, 3, 1: «*Hereje es todo aquel que es christiano bautizado, y no cree los artículos de la santa Fè Católica, ò algunos dellos, y este tal despues que por el luez Eclesiástico fuere condenado por hereje, pierda todos sus bienes, y sean para la nuestra Cámara*».

doctrinas que por aquella época estaban elaborando algunos de los primeros penalistas del reino, en desarrollo de las teorías que les ofrecía el Derecho Común. Una poderosa escuela de teólogos y juristas castellanos, conocida como la Segunda Escolástica o Escuela castellana del Derecho Natural, se estaba señalando en aquel momento como legitimadora de la conducta del monarca, ofreciéndole desde el punto de vista jurídico los argumentos que justificaban sus decisiones en el terreno político²⁶. Y sobre este caso concreto que afectaba al derecho penal se pronunciaron algunos de los más grandes maestros de la escuela, como veremos más adelante, conciliando las contradicciones que aparentemente existían en los textos del *Ius Commune* para ofrecer a la monarquía una teoría unitaria que le legitimara jurídicamente a obviar el principio de personalidad de la pena en los delitos más atroces.

Avalados por dicha teoría, los reyes castellanos de la Edad Moderna no dudaron en extender los efectos de penas temporales a otros delitos considerados de especial gravedad por el derecho. Fundamentalmente optaron por la trasmisión de la pena de confiscación de bienes, que era a la sazón la que más les beneficiaba, y que además contaba con importantes precedentes en el derecho romano y de la Recepción. Así, por ejemplo, la confiscación de bienes que se permitía hacer contra el falsificador de monedas por ser considerado una especie de traidor, fue expresamente ratificada por los Reyes Católicos en una nueva norma que omitía la única defensa prevista anteriormente por el derecho para que la casa del falsificador se reservase a su viuda o hijo menor de catorce años²⁷. Ahora, los monarcas simplemente decretaban que el que falsificara moneda de cualquier forma «*aya perdido, y pierda todos sus bienes*», sin reparar en los derechos hereditarios de sus sucesores²⁸.

También se mantuvo durante la Edad Moderna la normativa en cuanto a la confiscación de bienes a los raptos y violadores de vírgenes, monjas o viudas, que había sido prevista en las Partidas en base a la especial gravedad o cualificación del delito²⁹. De la efectiva aplicación de esta pena tenemos conocimiento por los autores prácticos de la época, hombres del foro que nos narraron las prácticas judiciales que verdaderamente se llevaban a cabo. Según sus informaciones, la confiscación de bienes solía utilizarse habitualmente para castigar a estos delincuentes cualificados, sin reparar en los derechos sucesorios de terceros. Los bienes se utilizaban para satisfacer a la propia mujer violada o al monasterio en el que residiera, salvo cuando pudiera demostrarse que el

²⁶ Es de cita obligada la clásica obra de E. HINOJOSA y NAVEROS, *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal, los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, en Obras, I, Madrid, 1948.

²⁷ Véase FR 4, 4, 21 y P 7, 7, 10.

²⁸ NR 5, 21, 67.

²⁹ P 7, 20, 3.

rapto había sido consentido, en cuyo caso iban a parar íntegramente a la Cámara del rey³⁰.

La aplicación de esta pena económica en los delitos de homicidio alevoso o a traición, se extendía en distinta medida a los herederos del autor. La distinción residía en que en el caso del homicidio a traición, en el que cabían una multiplicidad de conductas como la del homicidio cometido mediante veneno, la confiscación para la hacienda pública abarcaba todos los bienes del delincuente; mientras que en el caso del homicidio alevoso se reservaban la mitad de los bienes para sus herederos³¹. A este tipo de delito se asimilaron otros muchos, como el homicidio realizado contra cualquier persona que trabajase o viviese en la Corte, el que se cometía en periodos de treguas o «aseguranzas», o el ejecutado mediante el uso de saeta u otras armas³².

Por lo que respecta al gravísimo delito del suicidio, sólo se tuvieron en cuenta a los herederos del delincuente si éste se había cometido por desesperación personal. En ese supuesto los bienes del suicida podían ser heredados por sus sucesores, y sólo si carecía de ellos pasarían a la hacienda pública. Pero si el suicidio se cometía por el delincuente para evitar precisamente la ejecución de la pena tras su condena, todos sus bienes debían ser confiscados para la Cámara regia sin tener en consideración a los herederos³³.

La pena de confiscación de bienes tampoco podía permanecer al margen de uno de los delitos más atroces y que iba a recibir una mayor atención durante la Edad Moderna: la sodomía. Su persecución y castigo sufrió un nuevo impulso en la época de los Reyes Católicos mediante la Pragmática de Medina del Campo de 22 de agosto de 1497, con la que se pretendía erradicar definitivamente el delito. Para ello, a la simple pena de muerte que prescribían las Partidas, se añadieron una forma de ejecución agravada de dicha muerte en la hoguera, y la sanción accesoria de confiscación de todos los bienes del delincuente, tanto muebles como inmuebles, que irían a parar a la hacienda regia en perjuicio de sus herederos³⁴.

Tan consolidada estaba la pena de confiscación de bienes contra terceros como una de las consecuencias punitivas básicas en los delitos más atroces, que cuando Felipe IV dictó una nueva legislación contra bandidos y salteadores de caminos en 1665 tampoco pudo dejar de contar con ella. En aquel momento, el bandidaje que assolaba los caminos y lugares del reino se había

³⁰ Véanse F. DE LA PRADILLA, *Suma de las leyes penales*, Madrid, 1637 (edición facsímil en Valladolid, 1996), fols. 4r-4v; o J. BERNÍ, *Práctica criminal*, Valencia, 1749 (edición facsímil, Madrid, 1995), pp. 37-39.

³¹ FR 4, 17, 2 y NR 8, 26, 10.

³² Véanse P 2, 16, 2, NR 12, 21, 10, y NR 8, 23, 5.

³³ Véanse P 7, 1, 24 y NR 8, 23, 8.

³⁴ NR 8, 21, 1.

convertido en uno de los principales problemas de la monarquía para mantener la paz pública, y por eso la normativa dictada por el monarca para reprimirlo se mostró particularmente severa, obviando muchos de los principios básicos del derecho penal, y especialmente el principio de personalidad de la pena:

«Ordenamos, i mandamos que qualesquier delinquentes, i salteadores, que anduvieren en quadrillas, robando por los caminos, ò poblados, i haviendo sido llamados por edictos, i pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra Corte, no parecieren ante los Jueces, que procedieren contra ellos à compurgarse de los delitos, de que son acusados; sustanciado el proceso en rebeldía sean declarados, tenidos, i reputados como por el tenor de la presente Pragmática los declaramos por rebeldes, contumaces, i vandidos públicos, i permitimos que qualquiera persona de qualquier estado, i condicion que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos, i prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos, ò muertos ante los Jueces de los distritos, donde fueren presos, o muertos: i que, pudiendo ser havidos, sean arrastrados, ahorcados, i hechos quartos, i puestos por los caminos, i lugares, donde huvieren delinquido, i sus bienes sean confiscados para nuestra Cámara»³⁵.

En definitiva, todos aquellos delitos que se consideraban de traición o de herejía, y que requerían de una sanción especialmente intimidante por el particular daño que infringían a la sociedad, o por el desafío que representaban para el soberano, solían llevar aparejadas como accesorias a la pena principal de muerte otras sanciones infamantes o pecuniarias que afectaban a los sucesores del condenado. La legislación histórica nos ofrece ejemplos de buena parte de ellos, pero la doctrina y el arbitrio judicial permitían ampliar el abanico de posibilidades a cualquier otro crimen que pudiese ser calificado, por las particulares circunstancias del caso, como herético o de traición en sentido amplio³⁶.

En la percepción que se tenía del sistema sancionador del absolutismo, dicha posibilidad no suponía contradicción alguna con los principios del derecho penal. En parte porque los juristas de la época habían conseguido reducir el antagonismo con sus argumentaciones. Pero fundamentalmente también porque «era la de aquellos siglos una sociedad en la que regía un sentido casi biológico de la transmisión del pecado, o de los caracteres raciales, o de la impureza o limpieza de la sangre, o de la nobleza o la villanía; entonces todo, o casi todo, se estimaba transmisible de padres a hijos, tanto los títulos y honores como la penas infamatorias. Sólo con una mentalidad social así podía encajar esta idea de la hereditariadad de la pena, tan opuesta al carácter moral-indivi-

³⁵ NR 8, 11, Aut. 3.

³⁶ En este sentido se expresa también M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar...*, pp. 62 y ss.

dual de los actos humanos, y tan contraria a la relación personal y jurídica entre delito-delincuente-pena»³⁷.

3. LA DOCTRINA MODERNA SOBRE LA TRASCENDENCIA DE LA PENA

Cuando los autores de la Edad Moderna se encontraron con este antagonismo, según el cual al principio de personalidad de la pena se oponían en la legislación positiva ciertas excepciones de relevancia, se afanaron en encontrar las razones que pudieran solventarlo. Algunos más que otros, pues si para los más prácticos como Gregorio López bastó el recurso a las citas del derecho romano clásico para conciliar las contradicciones de los textos³⁸, pensadores de la talla de Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias o Francisco Suárez desarrollaron extensas argumentaciones teológico-jurídicas que explicaban y justificaban pormenorizadamente la aparente contradicción.

En este trabajo seguiré fundamentalmente sus líneas discursivas, no sólo por ser las más completas y mejor definidas, sino también por haberse consolidado en la historia del derecho castellano como las opiniones más autorizadas. No en vano, Alfonso de Castro ha sido considerado por la historiografía jurídica el «fundador del derecho penal español», y las aportaciones a la ciencia jurídica penal de Covarrubias o Suárez son también reconocidas. Junto a ellos se tendrán en cuenta, no obstante, las opiniones de otros autores de la época, la mayoría coincidentes con los citados maestros, aunque también algunos ligeramente divergentes o variables, para intentar ofrecer el panorama más exacto acerca de la doctrina que legitimaba jurídicamente la transmisión de las penas a los herederos de los autores en los delitos más graves del ordenamiento.

Todos, en principio, partían del axioma común de que nadie podía constituirse en el sucesor de una culpa ajena. Cada persona debía sufrir las consecuencias de sus propios actos, y las leyes que autorizaran la transmisión del castigo de los delincuentes a terceros inocentes debían ser consideradas injustas y contrarias al derecho natural. Para ello no sólo se basaban en los textos del Derecho Común que se han citado más arriba, sino fundamentalmente en los aún más acreditados textos de las Sagradas Escrituras, que contenían la verdad indubitable o el contenido cierto del derecho ofrecido por la justicia de Dios a la de los hombres³⁹.

³⁷ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal...*, p. 395.

³⁸ Véanse las glosas de G. LÓPEZ a P 7, 31, 9.

³⁹ Como dijera F. TOMÁS Y VALIENTE, *El crimen y pecado contra natura*, en *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, p. 34, en materia de derecho penal la sociedad medieval y moderna meramente constituía una «*sub specie aeternitatis*».

El más exhaustivo en este sentido fue Diego de Covarrubias⁴⁰, quien en apoyo al principio romano sobre personalidad de las penas, incorporó textos bíblicos como el contenido en Ezequiel, capítulo 18, según el cual «el alma que pecare, esa sola morirá; el hijo no soportará la iniquidad del padre, ni el padre la del hijo; la justicia del justo estará sobre él y sobre el impío su iniquidad»; o bien el ofrecido en el Deuteronomio, capítulo 24, en el que se afirma que «no se pondrá fin a la vida del padre a causa de los hijos, ni morirán los hijos por sus padres, sino que cada uno perecerá por su pecado».

Frente a ellos, el mismo autor trajo a colación otra serie de textos sagrados, aparentemente opuestos a los primeros, que permitían el castigo de los hijos por los pecados de los padres según la justicia divina, y desde esa perspectiva sustentaban teológicamente las leyes romanas que permitían la trasmisión de la pena de forma excepcional. Entre otros, citaba el episodio de la destrucción de Sodoma y Gomorra, en el que fueron conjuntamente castigados padres e hijos por la culpa de éstos últimos (Génesis, capítulo 19); y las palabras del Señor recogidas en el Éxodo, capítulo 20, según la cuales «Yo soy un Dios celoso, que visito la iniquidad del padre hasta la tercera y cuarta generación en los hijos».

¿Cómo resolver la aporía?

El primer criterio que asentó Covarrubias antes de afrontar la concordia de los textos en disensión, fue el de reconocer la superioridad del juicio divino a la mente humana. Las razones de Dios eran en su opinión tan profundas que los hombres, simples mortales, nunca podríamos llegar a comprenderle del todo y, mucho menos, a objetarle. De tal manera, los pasajes aparentemente contradictorios que aparecían en la Biblia se explicaban por sí mismos, y para conciliarlos sólo bastaba hacer un esfuerzo de comprensión como el que, con anterioridad a él, habían realizado otros autores de la escolástica.

Si la inspiración que había iluminado la redacción de los textos sagrados era una sola, en ningún caso podía admitirse que Dios hubiese corregido por boca del profeta Ezequiel el error cometido en el Éxodo, tal y como sugería alguna parte minoritaria de la doctrina tradicional. Los grandes maestros San Jerónimo, San Agustín e, incluso, Santo Tomás se habían opuesto a ella y, tratando de armonizar las palabras de los textos en polémica, afirmaban que si el profeta Ezequiel se refería a la injusticia de transmitir penas eternas o espirituales a los hijos por los pecados que hubiesen cometido sus padres, el Éxodo hacía referencia exclusivamente a las penas temporales, que sí podían ser objeto de trasmisión.

¿Por qué?

⁴⁰ En este sentido, véase especialmente D. de COVARRUBIAS, *Variarum ex Iure Pontificio, Regio et Caesareo Resolutionum*, Salamanca, 1552, II, c.VIII, t. II, fol. 188.

A partir de aquí las explicaciones se empañaban en cierta medida. San Jerónimo y Santo Tomás habían alegado en el pasado que los hijos podían ser castigados por los delitos más atroces de los padres porque se entendía que, como descendientes directos, heredaban en cierta medida el instinto criminal y podían imitarlos en cometerlos. Sin embargo, este criterio no satisfacía completamente a Diego de Covarrubias porque, según dicha interpretación, el hijo era castigado sin culpa ni causa propias, sino por el crimen que había cometido el padre, lo cual no se justificaba desde el punto de vista de la responsabilidad penal.

En su planteamiento coincidía fundamentalmente con Alfonso de Castro, que se había pronunciado de forma mucho más extensa sobre la cuestión⁴¹. Distinguiendo entre las leyes puramente penales y las leyes penales mixtas, según obligasen éstas en conciencia o no, De Castro estableció que las leyes penales humanas podían obligar específicamente en culpa a los autores que hubiesen actuado en conciencia, o meramente en pena para satisfacer o reparar un daño al bien común. Desde este punto de vista se separaba nítidamente la culpa de la causa⁴², y tanto los autores por delitos accidentales o involuntarios, como los herederos de delinquentes que hubiesen infligido un gran daño a la sociedad, podían quedar obligados a la satisfacción del mismo a través de penas temporales, que no actuaban sobre el foro de la conciencia, a diferencia de las penas espirituales.

La distinción entre culpa y causa arraigó en el resto de la doctrina. Convencido de su solidez científica, Covarrubias no dudó en utilizarla a la hora de pronunciarse sobre este tema, afirmando que «aunque según la justicia, nadie, sin causa ni culpa, deba ser castigado, sin embargo, alguna vez, con causa, aunque sin culpa, puede serlo en juicio divino y humano»⁴³. En términos muy similares se expresaría, entre otros, Domingo de Soto, cuyas palabras reproduzco a continuación para terminar de ofrecer una imagen nítida del pensamiento jurídico de la época: «Sin culpa (a no ser que haya causa oculta) nadie debe ser castigado; de donde se ha formado el axioma: Aunque no se puede castigar sin motivo, se puede sin embargo sin pecado»⁴⁴.

⁴¹ Al tema le dedicó extensas páginas A. de CASTRO, *De iusta haereticorum punitio-ne*, Salamanca, 1547, II, c. XX, y *De potestate legis poenalis*, Salamanca, 1550, I, c. III, fols. 20 y ss., c. VIII, fols. 62 y ss., y c. IX, fols. 67 y ss.

⁴² A. de CASTRO, *De potestate...*, I, c. IX, fol. 75: «*Hoc enim constat esse verum in omni lege poenali, quae statuit poenam alicui sine sua culpa, non tamen sine iusta causa infligi*».

⁴³ D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 188, en traducción de J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959, p. 261.

⁴⁴ D. de SOTO, *De iustitia et iure libri decem*, Salamanca, 1556, I, c. VI, n. V, en traducción de P. MARCELINO GONZÁLEZ, *De la justicia y del derecho en diez libros*, edición de Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 55.

Existiendo, en consecuencia, un motivo o una causa superior que lo justificase, los hijos o sucesores de un delincuente podían ser castigados por los crímenes de aquel aunque careciesen de toda culpa en los mismos. No se trataba de una cuestión de inocencia o culpabilidad, sino de la existencia de una serie de intereses superiores que avalaban dicha necesidad. Y tales intereses fueron encontrados por los teólogos y juristas de la escolástica en la defensa del profusamente utilizado «bien común».

En atención al bien común, Francisco Suárez barajó entre otras razones que legitimaban la transmisión de las penas, el hecho de que el hijo pudiera ser considerado *quaedam res patris*, es decir, cierta cosa del padre o una especie de prolongación del mismo, capaz de heredar sus sanciones temporales al igual que podía heredar las cargas reales⁴⁵. En este argumento nada tenía que ver la culpa, sino que se atendía meramente a la satisfacción del delito ante la sociedad a través del cumplimiento íntegro de las penas tras la muerte del delincuente. La finalidad retributiva de la pena quedaba así garantizada en la herencia de las sanciones pecuniarias por parte de los sucesores del criminal, y la finalidad intimidatoria se potenciaba también con la transmisión de las penas pecuniaria y de infamia.

Abundando en la idea de la intimidación, Francisco Suárez alegaba que la transmisión de las penas a los descendientes era necesaria también en los delitos más atroces para que a través de ellos el execrable delito quedase en la memoria y el recuerdo de las gentes, previniéndose la comisión de ilícitos similares en el futuro. Puesto que para el reo se tenía prevista una pena principal de muerte, sus sucesores se convertirían así en la prueba viviente del delito, quedando señalados con penas de carácter accesorio que afligían su hacienda y su honra para advertencia de ellos mismos y de toda la comunidad.

Además, con la transmisión de las penas a los herederos se aumentaba en gran medida el sufrimiento de los delincuentes, que no solamente debían padecer las consecuencias de sus acciones en sus propias personas, sino que también sufrirían por los daños que sus actos habían ocasionado a sus familiares más cercanos. La simple amenaza de estas sanciones ya suponía una medida disuasoria de cierta relevancia en beneficio del bien común, y su imposición efectiva tras la comisión del delito coadyuvaba a la máxima finalidad expiatoria del castigo sufrido por el condenado.

Similares argumentos barajaron Alfonso de Castro y Diego de Covarrubias. De Castro hacía especial hincapié en la transmisión de las penas pecuniarias a los herederos de los criminales más cualificados, para que asumiesen las consecuencias de la responsabilidad penal de sus antecesores al igual que habían de sufrir las de la responsabilidad civil. Entendía que el patrimonio hereda-

⁴⁵ F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1612, V, c. X, n. 18.

ble por el sucesor estaba afectado por todas las cargas que en vida hubiese establecido sobre él su antecesor, aún cuando éstas derivasen de un ilícito penal del que aquel permanecía completamente ajeno, para que en modo alguno el delito quedase sin cumplida satisfacción⁴⁶.

Así, por ejemplo, a propósito del concreto crimen de la herejía, De Castro utilizaba una argumentación muy parecida a la de Suárez, afirmando que en este delito nunca se hubiese trasladado la pena de confiscación de bienes al hijo del autor, que podía ser un buen católico carente de toda culpa, «si no fuera en cierta medida una cosa perteneciente al primero»⁴⁷. El hijo del condenado no tenía culpa alguna de la herejía cometida por su padre, pero existía una causa en la relación sucesoria que justificaba la trasmisión de la sanción a efectos principalmente retributivos, ya que el causahabiente estaba obligado a soportar en su herencia las limitaciones que el difunto sufriría en su patrimonio si viviera a consecuencia de una sentencia condenatoria firme.

Este fue sin duda alguna el argumento más autorizado, y en épocas posteriores los escasos juristas que se pronunciaron sobre la justicia o injusticia de la trasmisión de pena a través de la confiscación de bienes lo emplearon casi exclusivamente⁴⁸. Álvarez Posadilla, que fue de los pocos penalistas que se interesaron por la cuestión, negaba así que los herederos tuvieran derecho alguno sobre los bienes confiscados por la pena, porque «los hijos tienen derecho a heredar a los padres los bienes que al tiempo de la muerte tengan», pero «lo que el padre en vida haya malgastado ya no es suyo al tiempo de la muerte, con que aquello que por sus delitos haya perdido tampoco lo es»⁴⁹.

Por su parte, Diego de Covarrubias se hizo eco en términos generales de las palabras de De Castro, a quien cita como maestro a seguir especialmente en las extensas argumentaciones sobre la trasmisibilidad de los castigos temporales a efectos retributivos. Aunque también reprodujo expresamente la idea de la intimidación, que en su fuente principal parecía quedar un poco relegada: «Puede también la ley humana, por causas muy santas y en utilidad de la República,

⁴⁶ A. de CASTRO, *De potestate...*, II, c. III, fols. 119 y ss.

⁴⁷ A. de CASTRO, *De potestate...*, I, c. IX, fol. 75: «*Fateor legislatorem hoc ipsum intendere, sed propter haeresim unius numquam alteri católico poenam irrogatet, nisi ille catholicus res esset quae quodammodo ad haereticum pertineret. Propter hoc igitur solum punitur catholicus, quia est haeretici filius, quoniam etsi quis alius homo haereticus fiat, iste catholicus non ideo punietur, si illius filius non esset. Et licet ob hoc solum filio catholico lex irroget poenam, quia filius haeretici est, non tamen intendit, ut ille filius id omittat, propter quod poena sibi imposita est, quia in sua potestate situm non est, ut desinat esset haeretici filius.*».

⁴⁸ Coincido en esta opinión con F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal...*, pp. 393-394.

⁴⁹ J. ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios*, s. 1., segunda edición 1797, fol. 97.

condenar a los hijos y nietos a la pérdida de los bienes y a otras penas semejantes, para que más rápida y cautamente se abstengan los hombres de la comisión de ciertos delitos y crímenes»⁵⁰.

Por todas estas razones que se justificaban en el bien común o «en la utilidad de la República», la doctrina más autorizada de la Edad Moderna coincidía en la posibilidad de transmitir ciertas penas a los sucesores de los delinquentes como excepción a la regla general recogida en el derecho. Ahora bien, dicha transmisión quedaba sujeta a una serie de limitaciones.

En primer lugar, la transmisión de las penas sólo quedaba justificada en los crímenes más graves del ordenamiento jurídico. Si la legitimidad de la excepción residía en la existencia de una causa superior de justificación, no podía generalizarse a todos los delitos porque perdería su carácter extraordinario. Además, siguiendo la doctrina del derecho romano clásico, sólo podían admitirla los delitos de lesa majestad o de traición y los que pudiesen ser considerados heréticos.

Desde esas dos vertientes se contemplaron exclusivamente las excepciones por los juristas de la Edad Moderna, y únicamente a partir de ellas se justificaron las leyes regias que permitían transmitir las penas a terceros en los delitos más atroces contra la majestad humana o divina. Éstos eran los valores máximos del sistema jurídico-penal por la manera en que se entendía la soberanía, delegada por Dios en el príncipe, y por eso su contravención ponía en peligro todo el orden político. Sin embargo, como vimos bajo el epígrafe precedente, los monarcas de la Edad Moderna extendieron enormemente la consideración de estos valores a todo tipo de ilícitos, incluyendo entre ellos por ejemplo el crimen de sodomía (considerado herético) o el de bandolerismo (de traición), para beneficiarse de la transmisión de las penas pecuniarias a terceros.

La segunda limitación impuesta a la trascendencia de las penas, era que sólo podía tratarse de penas temporales que no fuesen aflictivas. Las sanciones que afectaban a los sucesores inocentes no podían ser de carácter espiritual porque, como se ha explicado más arriba, no obligaban en el foro de la conciencia⁵¹. Se entendía por pena espiritual «la que consiste en pérdida del derecho a conseguir la gloria o la gloria misma, o de cuanto es necesario para la salud del alma; y de tal forma de pensar es Santo Tomás y cuantos han tratado a fondo esta cuestión»⁵². De manera que las penas trasladables a los suce-

⁵⁰ D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 188, en traducción de J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959, p. 264.

⁵¹ Haciendo referencia expresa a la transmisión de las penas en los delitos de lesa majestad y herejía, se pronuncia extensamente sobre esta cuestión A. de CASTRO, *De potestate...*, II, c. IX, fols. 182 y ss.

⁵² D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 188, en traducción de J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959, p. 265.

sores de los condenados por los delitos más atroces sólo podían afectarles en el mundo terrenal.

Tampoco podían ser de carácter afflictivo. Afirmaba así Francisco Suárez que lo que se decía en el Digesto de que las penas no pasaban al heredero debía entenderse de las penas corporales, pero no de las reales o infamantes⁵³. No podían proyectarse sobre el cuerpo de un inocente los daños físicos que se impusieran al delincuente por más que aquel fuera su legítimo heredero o sucesor, ya que dichos daños en sí presuponían una culpa y no meramente una causa. Sin culpa, los motivos que se habían establecido por la doctrina permitían simplemente someter al heredero a penas de carácter pecuniario o infamante, en memoria o como proyección de las sufridas por su progenitor. Pero las penas que recayeran sobre su cuerpo eran, por su propia naturaleza, sanciones temporales que sólo afligían a la persona y, en consecuencia, no podían justificarse desde el punto de vista doctrinal⁵⁴.

En tercer lugar, estos castigos temporales y no afflictivos, reducidos singularmente a la pena de confiscación de bienes y de infamia, debían utilizarse en un sentido restrictivo para castigar a los sucesores del delincuente. En cuanto a la pena de confiscación de bienes, los autores se aplicaron así al estudio de los bienes que debían reservarse los hijos en la herencia, a los que se salvaban legítimamente para las hijas, a los que pertenecían a la mujer por adquisición durante el matrimonio, a los que debían reservarse a terceros acreedores, y a los pertenecientes a los peculios adventicio, profecticio y castrense en el caso de haber sido el hijo el delincuente. Pretendían determinar nítidamente cuáles eran los bienes que debían hacerse públicos tras la condena del reo para ser alcanzados por el fisco, y cuáles debían reservarse a sus legítimos titulares para evitar posteriores litigios, aunque la cuestión no dejaba de ser muy controvertida⁵⁵.

Por su parte, la infamia que se derivaba de una sentencia judicial firme suponía una importante privación de los derechos públicos de los afectados, y por eso debía aplicarse también en un sentido restrictivo. Además de la vergüenza o laca social que de por sí les imponía el hecho de estar «enfamados», los disfamados en derecho no podían recibir ninguna honra o dignidad, ocupar oficios públicos, vivir en la corte del rey o de algún buen señor, ni testificar ordinariamente en los juicios, en los que se les presumía una escasa credibilidad⁵⁶.

⁵³ F. SUÁREZ, *Tractatus...*, V, c. X, n. 18.

⁵⁴ Véase lo que opina sobre esta cuestión D. DE COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 200.

⁵⁵ Entre otros, D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 201; A. de CASTRO, *De potestate...*, II, c. X, fols. 183 y ss., y A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1780, comentario a la ley 29, n. 20.

⁵⁶ Sobre la pena de infamia puede consultarse la obra de A. MASFERRER DOMINGO, *La pena de infamia en el derecho histórico español*, Madrid, 2001.

Por ese motivo, los autores del derecho coincidían en que sólo se debía sancionar con infamia a los hijos y nietos de los delincuentes «por causa de la enormidad del delito», haciendo referencia expresa a los de lesa majestad, divina o humana⁵⁷.

Incluso en este punto hubo alguna controversia, por el carácter restrictivo de la trasmisión de las penas, ya que si el derecho admitía desde antiguo que la infamia alcanzase a los herederos de los traidores, hasta la Real Pragmática dictada en 1501 por los Reyes Católicos dicha sanción no se trasladó expresamente a los herederos de los herejes. Por ese motivo, Francisco Suárez se enfrentó a Covarrubias, De Castro y otros autores como Antonio Gómez o Farinacio, negando en su momento que los hijos de los herejes pudiesen quedar afectados por la infamia. En su opinión, esta pena se daba sólo en el crimen de lesa majestad y no se podía extender por simple paridad al de herejía, ya que la ley no lo establecía directamente. Sin embargo, la doctrina mayoritaria no tardaría en imponerse a la de Suárez, justificando la nueva legislación de los Reyes Católicos que establecía positivamente la trasmisión de la pena de infamia a los sucesores de los apóstatas y herejes⁵⁸.

Otra limitación a la trasmisión de las penas sobre la que se pronunciaron los autores, fue la que hacía referencia a la necesidad o no de una sentencia judicial firme dictada antes de la muerte del reo. Para Alfonso de Castro el dominio de los bienes en el crimen de herejía se producía sin necesidad de sentencia condenatoria ni conocimiento de la causa. Era suficiente con la comisión del delito, ya que el hereje estaba obligado en conciencia a entregar los bienes al fisco⁵⁹. De la misma opinión era Francisco Suárez, que también se pronunció extensamente sobre la obligación moral que pesaba sobre la conciencia del delincuente de entregar dichos bienes incluso antes de que se dictase la condena⁶⁰.

La pena iba aneja a este delito por su especial gravedad y actuaba *ipso facto*, de manera que aún en caso de que el reo hubiese fallecido recaía sobre su heredero sin necesidad de sentencia declarativa firme. En palabras de Domingo de Soto, «el ofensor de la majestad sea condenado, aunque hubiera fallecido y se le prive de sus bienes al sucesor. La causa de ello se expresa con estas palabras: porque desde el momento en que tomó su criminal resolución, aceptó en cierto modo el castigo»⁶¹.

⁵⁷ Véase la glosa *sus fijos* de G. LÓPEZ a P 7,2,2, y las disquisiciones en torno a esta cuestión de D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fols. 188 y ss.

⁵⁸ NR 8, 3, 3.

⁵⁹ A. de CASTRO, *De potestate...*, II, c. X, fols. 183 y ss.

⁶⁰ F. SUÁREZ, *Tractatus...*, V, c. VII, n. 7.

⁶¹ D. de SOTO, *De iustitia...*, I, c. VI, n. VI, en traducción de P. MARCELINO GONZÁLEZ, *De la justicia...*, p. 65.

No obstante, aunque según la doctrina mayoritaria la sentencia judicial no fuera necesaria en el orden de la conciencia del criminal, sí que lo era en el orden contencioso⁶². Para que la hacienda regia pudiera actuar en la práctica reclamando los bienes del hereje, se requería de dicha sentencia firme, ya que «sólo cuando la pena ha sido impuesta por el derecho mismo y se ha incurrido en ella por el hecho mismo, puede actuarse judicialmente después de la muerte en orden a la declaración del delito y a la ejecución de la pena. Lo mismo se hace tratándose del delito de herejía, según observan Castro y Simancas, y según se dice expresamente en el libro 6 de las Decretales. De esto se sigue que si aún después de la muerte se conoce el delito y se da sentencia declaratoria sobre él, se confiscan los bienes y se le quitan al heredero, porque a él le han llegado con esta carga; a no ser que en cuarenta años de buena fe prescriban, pues entonces a título de prescripción la propiedad queda confirmada y la carga desaparece»⁶³.

Una nueva cuestión que ocupó la atención de los autores fue el significado de la palabra «hijos» que aparecía en la ley sobre trasmisión de la infamia. En su interpretación doctrinal trataban de dilucidar si dicha expresión alcanzaba también a los que eran hijos ilegítimos o espúreos, a los hijos habidos antes de la comisión del delito y a los nietos, o si, por el contrario, sólo hacía referencia a los hijos legítimos nacidos tras la comisión del crimen.

Tras exponer las numerosas opiniones a favor y en contra que le ofrecía el *Ius Commune*, Gregorio López negaba que la pena de infamia pudiera trascender a segundas generaciones porque la referencia a los nietos no aparecía expresamente comprendida en la ley, y a su entender no podía hacerse una interpretación extensiva en esta materia porque se trataba de una materia odiosa, penal (en las que prima por naturaleza un carácter restrictivo) y contra todas las reglas de la jurisdicción⁶⁴.

Sin embargo, contemplando también los distintos argumentos del derecho clásico, y después de expresar sus dudas, Covarrubias afirmaba que a pesar de tratarse de una ley penal la que habla sólo de «hijos», y debiera primar en consecuencia un sentido restrictivo, la infamia en los crímenes de lesa majestad humana debía traspasarse igualmente a los nietos de los delincuentes⁶⁵. Así lo creía junto con él buena parte de la doctrina, gracias a la cual la ley dictada por los Reyes Católicos contra los herejes pudo traspasar dicha pena de infamia

⁶² Es la conclusión a la que, tras defender la obligatoriedad en conciencia de entregar los bienes al fisco, llega A. de CASTRO, *De potestate...*, II, c. X, fols. 183 y ss.

⁶³ F. SUÁREZ, *Tractatus...*, V, c. X, n. 18, en traducción de J.R. EGUILLOR MUNIOZGUREN, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Madrid, 1968, vol. III, p. 513.

⁶⁴ G. LÓPEZ en la glosa «sus hijos» a P 7, 2, 2: «*Legis non comprehendebantur nepotes: quia ista materia est odiosa et poenalis et contra regulas iuris inducta*».

⁶⁵ D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 189.

hasta la segunda generación por línea masculina (hijos y nietos) y la primera por línea femenina (sólo hijas).

En cuanto a los hijos ilegítimos, haciéndose eco de una común opinión, notaba Covarrubias que también debían verse afectados por la infamia de los padres, tanto si se trataban de hijos ilegítimos naturales, como de los llamados espúreos o incestuosos, o de los nacidos de una unión prohibida. En todos los casos se veían afectados por la infamia, «pues no es cosa de que se vea más favorecida la lujuria que la castidad, ya que tal pena se infiere a los hijos por llevar sangre de un hereje y ser parte de su cuerpo. La misma razón vale para el caso de los hijos ilegítimos»⁶⁶.

Por su parte, la consideración de los hijos nacidos antes de la comisión del delito planteó mayores problemas doctrinales. Al parecer, la opinión mayoritaria en la jurisprudencia clásica, entre la que se incluía el muy autorizado pensamiento de Baldo de Ubaldis, defendía que los delitos de los padres no dañaban a los hijos nacidos antes de la comisión de los mismos. Únicamente podían verse afectados por ellos los hijos que nacían después, pues sólo éstos contraían la infección de una ascendencia ya viciada. Dicha teoría se había recogido incluso en una ley del derecho castellano que los autores no podían obviar:

«Ca los derechos que fallaron los antiguos de España en todas las cosas, allí do pusieron pena a los fijos, por razón de sus padres, siempre guardaron esto, ante que el fecho malo fiziessen: fueras ende, si fuessen con ellos aparceros en los yerros. E a los otros que metieron en la pena fue, porque los fizierran después que estaban ponçoñados en el mal que oviessen fecho»⁶⁷.

Pero a pesar de ello, la doctrina castellana se inclinó por la opinión contraria, avalada por algunos de los autores minoritarios del Derecho Común, como Alberico de Rosate, Saliceto o Juan Lupus. Con base en sus opiniones, y alegando que la ley regia más arriba citada hacía referencia exclusivamente a la transmisión a los hijos del estado de esclavitud o libertad, Diego de Covarrubias dedicó una extensa parte de su obra doctrinal a defender que la trascendencia de las penas también alcanzaba a los hijos nacidos antes de la comisión de los delitos de lesa majestad humana y divina. Si en cuanto al primero podía albergarse alguna duda por la dificultad de las leyes, «en lo relativo al pecado de herejía, aunque Juan Lupus deja el asunto entre interrogaciones, yo juzgo que aún los hijos nacidos antes de que su padre cayera en la herejía, son alcanzados por las penas que los cánones señalan»⁶⁸.

⁶⁶ D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 189, en traducción de J. PEREDA, *Covarrubias...*, p. 268.

⁶⁷ P 2, 27, 6.

⁶⁸ D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 190, en traducción de J. PEREDA, *Covarrubias...*, p. 274.

De la misma opinión era Alfonso de Castro, que se mostró partidario de aplicar las penas a los hijos nacidos antes de la comisión del ilícito en el crimen de herejía rechazando la opinión contraria de Calderino⁶⁹. Según De Castro, a la vista de los argumentos que permitían trasladar las penas a los descendientes de los condenados, basados en causas de utilidad y no en ninguna percepción de la culpa, no había motivo para diferenciar entre un tipo de hijos u otro, y donde la ley no distinguía, tampoco debíamos distinguir los hombres⁷⁰.

Para salvar las dificultades de los textos clásicos que negaban esta realidad, y especialmente los cánones comentados por Graciano y San Agustín, Diego de Covarrubias argumentó además que dichos cánones hacían referencia exclusivamente a penas de carácter espiritual, que eran las que no podían trasladarse en modo alguno a los hijos nacidos antes de la comisión del ilícito (ni a los nacidos después, si reparamos en lo más arriba expuesto). «Pero nosotros, al tratar de las penas que los cánones imponen a los hijos de los herejes, nos referimos a las temporales, con las que pueden ser castigados los hijos, aun los nacidos antes de que sus padres cayeran en la herejía»⁷¹.

Finalmente, a la vista de los textos clásicos y de las nuevas leyes regias sobre la trasmisión de la pena de infamia en el delito de herejía, se planteó la disputa de si debía privarse también a los hijos de los herejes de los beneficios eclesiásticos, o cualquier otros oficios o públicos honores, que poseyeran antes de realizarse el crimen. Como regla general se estableció que a los afectados por la infamia de sus antecesores no debía privarse de dichos beneficios, cargos u honores propios, aunque se hicieran indignos para recibir otros nuevos en el futuro. Sin embargo, se admitía que excepcionalmente pudiesen quedarse privados de ellos en atención a la gravedad de los hechos, y siempre en virtud de una sentencia judicial. Es decir, aunque el derecho por sí mismo no alcanzaba a los oficios o beneficios obtenidos por los descendientes de los herejes antes de la comisión del ilícito, se dejaba la posibilidad abierta de que pudiera hacerlo el juez a través de una sentencia judicial firme⁷².

Estas líneas fundamentales que esbozaron a comienzos de la Edad Moderna los más autorizados teólogos y juristas del momento, convertidos por lo demás en los primeros penalistas del derecho castellano, se reiteraron por los autores

⁶⁹ A. de CASTRO, *De potestate...*, I, c. VII, fol. 55: «*Et primò infero falsum esse, quod Ioannes Calderinus in consiliis suis, título de haereticis, consilio tertio, ait. Católicos filios haereticorum, qui antequam pater laberetur in haeresim, nati sunt, non esse notandos infamia, aut aliqua poena, ex his, quae iura contra filios haereticorum statuunt, puniendos*».

⁷⁰ A. de CASTRO, *De potestate...*, I, c. VII, fol. 55: «*Quia (ut iam diximus) ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*».

⁷¹ D. de COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 190, en traducción de J. PEREDA, *Covarrubias...*, p. 276.

⁷² Véase A. de CASTRO, *De iusta haereticorum...*, II, c. IX, y D. DE COVARRUBIAS, *Variarum...*, II, c. VIII, t. II, fol. 189.

mucho más prácticos que les siguieron durante los años sucesivos, convirtiéndose en la doctrina común del pensamiento jurídico del Antiguo Régimen. Bien es cierto que tuvo algunas divergencias, como las que plantearon Antonio Matthaeus o fray Luis de León, contrarios a que las penas pecuniarias, pero sobre todo las infamantes, trascendiesen a personas inocentes por el mero hecho de ser sucesores de los delincuentes de lesa majestad divina o humana⁷³. Pero sus voces tuvieron una escasa relevancia en el panorama historiográfico general, y en la mentalidad social de la época se impuso la idea de la hereditariad de la pena como consecuencia ineludible y justa de los delitos más graves.

4. LAS CRÍTICAS DE LOS ILUSTRADOS

En la segunda mitad del siglo XVIII, empezaron a surgir las primeras críticas de los ilustrados en contra de la trascendencia de las penas. La trascendencia directa de las penas, junto a la práctica del tormento y la confiscación de bienes, constituían las pruebas más claras del atraso y descuido en el que se encontraba el derecho penal del siglo XVIII, consideradas por Cadafalch como las «negras páginas de la historia contemporánea»⁷⁴.

En aquella época había llegado a su culmen en toda Europa el muy severo sistema penal del Despotismo, basado en la amenaza y la coacción sobre los ciudadanos como medio de mantener la autoridad del soberano. No existía un derecho penal cierto, igualitario e infalible capaz de contener la criminalidad, ni unas instituciones eficaces para llevarlo a la práctica, y por eso se recurría a una penalidad particularmente agravada en los casos que finalmente llegaban a los tribunales, con la intención de que sirvieran de aviso y ejemplo a todos los demás⁷⁵. La legitimación de este sistema penal, en el que cabían excepciones como la trascendencia de las sanciones, se encontraba en una concepción absolutista de la soberanía que, sin embargo, comenzaba a ser duramente criticada por los pensadores del movimiento ilustrado.

Aún sin ser puramente un penalista, a Montesquieu se le atribuye tradicionalmente el mérito de haber sido el primero en apuntar la necesidad de reformar dicho sistema jurídico penal. Sus innovadoras ideas sobre la socie-

⁷³ Sobre el pensamiento de Antonio Matthaeus puede consultarse la obra de J. PEREDA, *Covarrubias...*, pp. 257-258; y fray L. de LEÓN, *Los nombres de Cristo*, edición de Madrid, 1945, lib. II, p. 68, repudia a los reyes que procuran afrentar a sus vasallos y aún permiten y mandan «que vaya cundiendo por muchas generaciones su afrenta».

⁷⁴ Cita de J. CADAFALCH, *Discurso sobre el atraso y descuido del Derecho penal hasta el siglo XVIII*, Madrid, 1849, p. 23, reproducida por A. MASFERRER DOMINGO, *Tradicón y reformismo en la codificación penal española*, Jaén, 2003, p. 77.

⁷⁵ Sobre esta cuestión, véanse las consideraciones de M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, París, 1975, según la edición de Madrid, 1992, pp. 61-62.

dad política, basadas en un estado de naturaleza a partir del cual los hombres, a través del pacto social, cedieron al estado parte de su libertad, incidieron decisivamente en la consideración del derecho a castigar⁷⁶. Si las leyes penales no eran sino el precio que cada ciudadano había de pagar por la defensa de su libertad y seguridad en la comunidad política constituida, las sanciones establecidas en ellas por el poder público debían guardar una justa proporción con el peligro que el delito supusiera para la ciudadanía, ya que nadie cedería voluntariamente al estado una mayor injerencia en sus derechos previos o naturales.

La distinta concepción de la soberanía de absolutistas e ilustrados, suponía así el punto de partida de la renovación más trascendental que ha sufrido el derecho penal europeo, asentando los principios orientadores de nuestra actual ciencia jurídico-penal. Para los absolutistas, la concepción de una soberanía única delegada por la divinidad en los príncipes cristianos legitimaba un *ius puniendi* de carácter retributivo y coactivo, mientras que de la idea de soberanía popular de los ilustrados sólo podía derivarse racionalmente un *ius puniendi* de carácter preventivo y moderado. Desde su perspectiva, el único fin por el que los hombres que vivían en un originario estado de naturaleza concedieron un poder coactivo a la comunidad política fue el de la prevención⁷⁷, y el derecho penal que canalizara dicho poder debía ser moderado y proporcional porque no era la crueldad de las penas los que disuadía a los hombres de la comisión de los delitos, sino su infalibilidad⁷⁸. Sólo en la defensa de un sólido principio de legalidad, el ordenamiento jurídico penal podía ser útil al poder público, respetando la libertad y seguridad del individuo como valores básicos de todo estado de derecho.

Pero además de dejar asentadas las bases ideológicas para un nuevo sistema penal de carácter utilitarista, la consideración de esos mismos derechos fundamentales del ciudadano trajo como consecuencia con el pensamiento ilustrado la necesidad de establecer un sistema garantista. De la misma manera que los ciudadanos debían tener seguridad acerca de la aplicación de la ley penal

⁷⁶ Sus primeras consideraciones en este sentido aparecieron en el año 1721, en una obra de tono satírico y carácter divulgativo, las *Cartas Persas*, en la que a través de un personaje llegado a Europa desde Oriente ridiculiza muchas de las instituciones políticas y penales de los países occidentales. Sin embargo, la obra cumbre de su pensamiento no se publicaría hasta el año 1748. Léase particularmente de ella, MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducido al castellano por D. Juan López de Peñalver, Madrid, 1820, Tomo I, libro I, capítulo I.

⁷⁷ Véase MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, Tomo I, libro VI, capítulo IX, p. 195.

⁷⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, Tomo I, libro VI, capítulo XII, p. 199: «Nunca se debe usar con los hombres de disposiciones extremadas, sino economizar los remedios que la naturaleza nos da para dirigirlos. Si se examina la causa de cualquier relajación, se verá que procede de la impunidad de los delitos, y no de la moderación de las penas».

que se derivaría indefectiblemente de sus actos, era necesario que contasen con una serie de garantías que asegurasen también su correcta defensa ante los tribunales. Todas ellas se derivaban de un incontrovertible principio de presunción de inocencia que impedía la punición de todo aquel de quien no quedase suficientemente probada la culpabilidad⁷⁹.

La idea de la culpabilidad recuperaba así un papel protagonista en la nueva ciencia jurídico penal, que si bien dejó trazada Montesquieu en sus líneas estructurales, sería desarrollada más adelante gracias fundamentalmente al impulso del marqués de Beccaria. A diferencia de aquel, que había contemplado la problemática del derecho penal histórico desde el punto de vista de un pensador político, Beccaria planteó su reforma como un auténtico penalista, zambulléndose sin complejos en las controvertidas cuestiones que entonces estaban a la orden del día⁸⁰.

Frente al farragoso estilo de los juristas tradicionales, basado en el amontonamiento de citas o argumentos de autoridad, Beccaria optó por la concisión y la claridad, exponiendo las ideas penales del racionalismo jurídico de forma ordenada en un discurso comprensible por cualquier persona ajena al campo del derecho. Pero el mérito indiscutible de su obra no sólo residió en la novedad de las ideas formuladas y en el uso de una técnica que llegaba al gran público, sino que fundamentalmente se debió a la oportunidad de su aparición en el momento más propicio para ser aceptada por gran parte de la sociedad, que estaba de acuerdo con la necesidad de las reformas.

Por ese motivo, lejos de pasar desapercibida, la obra de Beccaria gozó de una amplia difusión, alcanzando un éxito insospechado en todo los países del occidente europeo. Incluida España, donde a pesar de su inclusión en el índice de libros prohibidos de la Inquisición⁸¹, la obra circuló abundantemente en su versión francesa hasta que consiguió licencia de impresión en 1774, y sirvió de acicate para el planteamiento de las reformas penales⁸².

Partiendo de las ideas de Montesquieu, Beccaria entendía el derecho a castigar como el resultado de la necesidad social de la prevención. El delito dejaba inmediatamente de contemplarse como una vulneración de los preceptos ético-religiosos o políticos, para concebirse como una lesión de los derechos individuales del ciudadano. Los derechos individuales de libertad, seguridad e igualdad, sustentadores del pacto social, se imponían en su pensamiento como

⁷⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, Tomo II, libro XII, capítulo II, pp. 91-92.

⁸⁰ Véase C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, publicada originalmente en Livorno, 1764, según la traducción *De los delitos y de las penas*, edit. Alianza, Madrid, 1995.

⁸¹ Véase A. TORIO, *Beccaria y la Inquisición española*, en Anuario de Derecho Penal, 1971, pp. 391 y ss.

⁸² G. CALABRÓ, *Beccaria e la Spagna*, en *Tai del Convengo Internazionale su C. Beccaria*, Torino, 1966.

valores absolutos frente a la autoridad ilimitada y deificada del poder estatal del Antiguo Régimen, y daban origen a un creciente movimiento de afirmación de la dignidad individual.

En lógica consecuencia con esta visión socio-política, los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad ocupaban un lugar preferente en el pensamiento penal de Beccaria⁸³, y de ellos se derivaba como corolario necesario el principio de personalidad de la pena. La idea de hereditaria de las sanciones pecuniarias e infamantes, que se había impuesto en el derecho penal del Antiguo Régimen gracias a los argumentos aducidos por los autores de la escolástica, resultaba ahora absolutamente incompatible con la dogmática de la Ilustración. Aún con las limitaciones de las que se ha hecho mención más arriba, la trascendencia de cualquier tipo de pena era para el racionalismo jurídico totalmente contraria al carácter moral-individual de los actos humanos, y los argumentos que buscaban una causa en el bien común para legitimarla carecían de sentido.

Para Beccaria no existían causas suficientes para castigar, sino culpas, y en ningún caso podía sancionarse a un inocente por el delito cometido por su antecesor, ya que esta idea se oponía a la relación delito-delincuente-pena que daba consistencia a su pensamiento. Además, desde un punto de vista menos elevado y mucho más terrenal, al contemplar la pena de confiscación de bienes, afirmaba Beccaria que ni siquiera se conseguía con ella la finalidad por la que se había permitido su trascendencia a los herederos del delincuente, pues lejos de alejarlos del delito les empujaba a la comisión de nuevos ilícitos para poder sobrevivir:

«Las confiscaciones ponen precio a las cabezas de los flacos, hacen sufrir al inocente la pena del reo y conducen a los mismos inocentes a la desesperada necesidad de cometer los delitos. ¡Qué espectáculo más triste que una familia despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos de una cabeza, a la cual la sumisión ordenada por las leyes sería impedimento que prohibiese el estorbarlos, aún cuando tuviese medios para hacerlo»⁸⁴.

En su opinión, la trasmisión de las penas pecuniarias e infamantes a los familiares del delincuente eran «injusticias autorizadas y repetidas», que en el pasado se habían tolerado por los hombres más iluminados y ejercitado en la repúblicas más libres «por haber considerado la sociedad no como unión de hombres, sino como unión de familias». En aquella sociedad jerarquizada, los hijos permanecían bajo la potestad del padre de la misma manera que éste per-

⁸³ Véase C. BECCARIA, *De los delitos...*, p. 52.

⁸⁴ C. BECCARIA, *De los delitos...*, pp. 68-69.

manecía bajo la potestad absoluta del soberano. Pero «cuando la república es de hombres, la familia no es una subordinación de mando, sino de contrato, y los hijos, al tiempo que la edad los saca de la dependencia de naturaleza por su flaqueza, necesidad de educación y defensa, vienen a ser miembros libres de la ciudad»⁸⁵.

Las ideas de Beccaria influyeron decisivamente en el pensamiento de los juristas españoles, y especialmente en Manuel de Lardizábal y Uribe, quien por las fechas en que se editó su obra estaba trabajando concienzudamente en la reforma del derecho penal español por mandato de Carlos III⁸⁶. No podemos obviar que Lardizábal era un monárquico convencido, y por ese motivo disenta de Beccaria en algunas de sus consideraciones. Pero su talante moderado no le impidió apostar lúcidamente por la defensa del principio de personalidad de las penas, que muy probablemente se hubiese impuesto en la legislación que él proyectaba si sus trabajos de reforma no hubiesen quedado paralizados en 1786, frustrándose toda labor de redacción del primer Código Penal español en la época del Despotismo Ilustrado⁸⁷.

A pesar de ello, su labor no cayó en el olvido, sino que fue publicada poco después como la obra doctrinal de referencia sobre la reforma penal española⁸⁸. En ella se reflejaban los anhelos más nítidos de los reformistas españoles, entre los que se encontraba la defensa del principio de personalidad de las penas en términos que en principio parecieran aún más tajantes a los propuestos por Beccaria, pues se afirmaba categóricamente que era «una máxima cierta y conforme a la razón y a la humanidad que ninguno debe ser castigado por delito ajeno, por grave y enorme que sea»⁸⁹.

Ahora bien, por lo que respecta a la consideración en concreto de la transmisión de las penas pecuniaria y de infamia que se venían practicando desde tiempo inmemorial, Lardizábal se mostró exclusivamente concluyente en cuanto a la pena de infamia, y mucho más conciliador con la pena de confiscación de bienes.

De la infamia decía que no debía pasar a los hijos del delincuente ni siquiera en los más graves delitos de lesa majestad, porque la razón expuesta por los autores del pasado, cual era la de «temer que los imitasen y fuesen también herederos de sus delitos», le parecía «digna de un ambicioso y cruel eunuco,

⁸⁵ C. BECCARIA, *De los delitos...*, pp. 69-70.

⁸⁶ Sobre la labor de Lardizábal en este proyecto pueden consultarse las obras de J.L. BERMEJO, *El proyectado Suplemento a la Nueva Recopilación*, en el AHDE, 50 (1980), 303-326, y *Acotaciones a la última fase del proceso recopilador*, en el AHDE, 57 (1987), pp. 207-264.

⁸⁷ La idea de Código que entonces se manejaba ha sido estudiada por B. CLAVERO, *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, en HID, 6 (1979), pp. 49-88.

⁸⁸ Sigo la edición de M. de LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, Cádiz, 2002.

⁸⁹ M. de LARDIZÁBAL, *Discurso...*, p. 255.

que con la multitud y atrocidad de las penas pretendía conservar la excesiva privanza y despotismo que ejercía en la voluntad de su señor»⁹⁰.

Sin embargo, de la pena de confiscación de bienes simplemente se atrevía a recomendar que «*acaso sería útil abolirla*», como se había hecho en otros países del entorno como la vecina Francia, ya que «*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*»⁹¹.

Lardizábal sabía de los beneficios que esta pena repercutía para las arcas del estado, y probablemente por ese motivo quiso mostrarse mucho más flexible con la legislación histórica que permitía su transmisión en los delitos de herejía y lesa majestad. De tal manera, aún reconociendo «*que las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducen tal vez a los inocentes mismos a la desesperada necesidad de cometer delitos*»⁹², se mostró dispuesto a tolerarlas en los casos más atroces y con un carácter restrictivo, haciendo gala una vez más de su enorme pragmatismo:

*«Pero si por otras razones superiores, que yo no alcanzo, pareciere conveniente conservar la pena de confiscación en uno u otro delito muy atroz, al menos es cierto que debería restringirse todo lo posible, y aún en los casos en que hubiese de quedar, la razón y la humanidad piden que se haga distinción de bienes, y sólo tenga efecto la confiscación en aquellos que hubiesen sido adquiridos por el mismo delincuente, y no en los que por derecho y sin arbitrio suyo deben transmitirse a los sucesores, a quienes con la confiscación absoluta se priva sin culpa suya de un derecho legítimamente adquirido»*⁹³.

Ese mismo sentido práctico al servicio del estado, le compelió a encontrar una justificación teórica para el mantenimiento, en su caso, de la pena de confiscación. Por eso, Lardizábal se apresuraba a aclarar en la última parte de su discurso que, aún a pesar de recomendar la abolición de las mismas, no pretendía tachar de injustas e inicuas las leyes que imponían las confiscaciones. La contradicción con una de sus ideas iniciales, según la cual «*las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo*», se hace evidente en este momento de su obra, pues si antes la confiscación era considerada una pena para el sucesor, ahora trata de justificarla diciendo que «*el daño que un hijo, por ejemplo, sufre por la confiscación de su padre, no es pena, lo cual sería*

⁹⁰ M. de LARDIZÁBAL, *Discurso...*, p. 256.

⁹¹ M. de LARDIZÁBAL, *Discurso...*, pp. 265-266.

⁹² M. de LARDIZÁBAL, *Discurso...*, p. 262.

⁹³ M. de LARDIZÁBAL, *Discurso...*, pp. 266-267.

injusto e inicuo; sino una calamidad que indirectamente le viene por el delito del padre»⁹⁴.

El pensamiento de Lardizábal no pasó desapercibido para los juristas posteriores, como ya se ha dicho antes. Pero ello no quiere decir que éstos se mostraran coincidentes con el mismo en todos sus aspectos. Concretamente en la cuestión que hacía referencia a la trascendencia de las confiscaciones, José Marcos Gutiérrez, uno de los más autorizados penalistas de principios del XIX, reconocía la existencia de su materialista teoría aunque no la compartiera⁹⁵. Para él, como para la mayoría de los autores de su tiempo, la idea de personalidad de la pena que se estaba fraguando en la ideología ilustrada era absolutamente incompatible con la trascendencia de esta pena pecuniaria, por más que de ella derivase una utilidad al estado. Sin culpa no había causa posible de legitimación de la pena. Y en este punto, la dogmática del maestro Beccaria pareció imponerse de manera definitiva al ferviente servilismo de Lardizábal en la doctrina española:

«Las confiscaciones, hacen padecer a los inocentes las penas de los culpados, y aún ponen a los primeros en la fatal precisión de cometer delitos. Privan a los hijos de los bienes que legítimamente les pertenecen, puesto que transmitir a la posteridad los recibidos de sus mayores es una especie de deber o de equidad. Qualesquiera que sean sus utilidades, son mayores sin comparación los males que forzosamente han de causar, con especialidad si se frecuentan mucho. Como que los soberanos tienen grandes y suficientes recursos para desempeñar todos sus deberes y mantener el esplendor de la Corona, no necesitan en manera alguna de los bienes de los ciudadanos para enriquecerla, lo qual desdice por otra parte del suave y moderado gobierno de las monarquías. Si las confiscaciones han servido de freno a las venganzas y a la prepotencia de los particulares, es de reflexionar que para ser justas las penas no bastan que causen algún bien, sino que han de ser necesarias, como asimismo que de una injusticia útil pueden resultar muchos males, unos presentes que no se advierten, y otros futuros que no se prevean por entonces»⁹⁶.

La misma nitidez en sus planteamientos, mostró José Marcos Gutiérrez contra la trascendencia de la pena de infamia, haciéndose eco del sentir general de su tiempo:

⁹⁴ M. de LARDIZÁBAL, *Discurso...*, p. 267.

⁹⁵ J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, tomo III, cap. 6, n. 103, p. 150: «...para otros escritores no es injusta la confiscación (...). No obstante, añaden, para que sea justa y útil la confiscación, ha de adoptarse siempre con la mayor economía, pues sería injusta y perniciosa si se abusa de ella, y por tanto convendría establecerla solamente contra los regicidas».

⁹⁶ J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal...*, tomo III, cap. 6, n. 102, p. 149.

«Como ya se ha dicho en reiteradas veces que nadie debe padecer por los delitos ajenos, es superfluo ahora decir que la infamia no debe tampoco trascender á otras personas que tengan alguna conexión ó parentesco con el delincuente, según lo tienen declarado nuestros legisladores. De lo contrario se seguiría un daño muy considerable, cual lo es que los parientes del reo practiquen, según lo vemos diariamente, las más vivas diligencias para impedir el castigo infamatorio, originándose de esto que en perjuicio de público y de la buena administración de justicia queden impunes enteramente graves delitos, ó que no se castigue conforme á las leyes, sino con ciertas modificaciones ó restricciones opuestas á ellas»⁹⁷.

Cuando se imponían estas ideas no sólo entre los pensadores del liberalismo⁹⁸, sino también incluso entre los absolutistas de corte ilustrado, eran los años previos a la guerra de la Independencia. Las reformas en el campo del derecho penal se venían acuciando desde mucho tiempo antes, y en algunas cuestiones como la que nos ocupa se habían enarbolado en una perentoria necesidad para resolver las injusticias del derecho histórico. Sólo hacía falta esperar al momento oportuno del cambio, hasta que los acontecimientos que se siguieron en el país para culminar en la promulgación de la primera Constitución en 1812, permitieron finalmente consolidar en la legislación española el principio fundamental de personalidad de la pena.

5. LA APROBACIÓN DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LA PENA

Un año antes de que las Cortes de Cádiz asumieran la soberanía popular por Decreto de 24 de septiembre de 1810, la Comisión permanente de Cortes ya había impulsado la creación de una Junta de Legislación para que analizase cuáles eran las reformas más urgentes que hacía falta afrontar en el ordenamiento jurídico español. Entre ellas se señaló, desde la primera reunión celebrada por esta Junta en octubre de 1809, la reforma del sistema sancionador y la abolición de aquellas penas que afectaban a terceros inocentes, como la confiscación de bienes o la pena infamia a hijos o nietos⁹⁹.

⁹⁷ J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal...*, tomo III, cap. 5, p. 140

⁹⁸ Léanse también en este sentido los escritos criminales de V. de FORONDA, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*, reproducción de la tercera edición de Pamplona, 1821, con estudio preliminar de J.M. BARRENECHEA, Vitoria, 1994.

⁹⁹ En los Acuerdos de la Junta de Legislación publicados en el apéndice documental de F. TOMÁS y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, en el AHDE, 65 (1995), p. 105.

No es de extrañar que ésta reforma se sintiese como una de las más apremiantes en una sociedad de carácter liberal, con una base económica de tipo mercantil que había de proteger. La formación de una importante clase burguesa a finales del siglo XVIII, y el desarrollo de una nueva economía urbana, hacían necesaria la protección de los principios de individualidad o personalidad junto con el incontrovertible y muy ensalzado principio de propiedad¹⁰⁰. Las haciendas familiares no podían verse afectadas por la insidia de uno sólo de sus miembros, que arrastrara con él a la ruina al resto de sus congéneres, por una nueva concepción patrimonial de carácter mucho más privatista. Y la infamia que trascendía a los sucesores afectaba también a esta concepción individualista de la economía.

La protección patrimonial de la nueva clase social en el poder, que se sustentaba principalmente en el control del capital, se unió en consecuencia a otras justificaciones más dogmáticas, como las que se derivaban de la teoría del pacto social, para erigirse en defensa de un sistema penal garantista de los derechos del individuo, utilitario para el resto de la sociedad, proporcional y moderado. Los principios de racionalidad y de individualidad que marcaban el discurso liberal traían así como uno de sus corolarios más evidentes la necesidad de descargar exclusivamente la penalidad sobre aquellos ciudadanos que hubiesen delinquido, sin que ello pudiese afectar a sus descendientes o familiares¹⁰¹.

La idea estaba clara en la doctrina y había arraigado por distintas razones en el sentimiento popular. Ya sólo hacía falta darle forma jurídica para que alcanzase rango de ley, iluminando el nuevo ordenamiento del estado de derecho. Y para ello no se dudó en utilizar su Norma Suprema, siendo discutida y posteriormente recogida como principio fundamental en la primera Constitución española de 1812.

En los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del texto constitucional, esta cuestión fue debatida concretamente en la sesión de Cortes de 13 de diciembre de 1811¹⁰². El contenido del artículo propuesto por la comisión rezaba originariamente de la siguiente manera: «Ninguna pena que se imponga por cualquiera delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció; mas á este no ha de haber nada que pueda ofrecerle la idea de evitarla».

¹⁰⁰ Véase en este sentido la obra de F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones*, Madrid, 1989, pp. 115-116.

¹⁰¹ En este mismo sentido, véase también J. BABIANO y A. FERNÁNDEZ ASPERILLA, *Justicia y delito en el discurso liberal de las Cortes de Cádiz*, en *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Madrid, 1995, p. 395.

¹⁰² Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, legislatura de 1810-1813, tomo IV, n. 437, pp. 2419-2420.

Paradójicamente, las palabras que suscitaron un mayor debate tras la propuesta de este artículo fueron las que daban contenido a su segunda parte («mas a este no ha de haber nada que pueda ofrecerle la idea de evitarla»). La expresión era confusa, y aunque se explicó que su finalidad era advertir al reo de que de su acción se seguiría irremisiblemente un castigo personal e intransferible, finalmente fue suprimida porque se entendió que no era el lugar indicado para introducir una simple advertencia, consejo o exhortación doctrinal.

Sobre el contenido propio del artículo que abolía la trascendencia de las sanciones también hubo alguna controversia. Pero, aunque no era ésta de menor relevancia, fue soterrada en el discurso de los diputados precisamente para poder consensuar y sacar adelante el texto que les ocupaba sin dificultades. En la misma reunión de Cortes se acababa de aprobar el artículo que abolía la pena de confiscación de bienes con la escueta expresión de «tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes»¹⁰³. Las razones que justificaban su abolición eran más que conocidas, fundamentalmente por las necesidades de protección de los patrimonios individuales, y no hubo necesidad de discusión alguna¹⁰⁴.

Sin embargo, nada se había dicho sobre la abolición de la otra pena temporal que afectaba a los sucesores del delincuente, la pena de infamia. En este punto, el discurso liberal estaba menos definido porque, si bien algunas voces habían clamado sobre su carácter humillante, no se impuso una corriente mayoritaria en este sentido hasta mediados del siglo XIX. Hasta entonces, la finalidad de prevención o intimidación que aún se defendía en las penas, permitió que siguieran practicándose penas de carácter infamante, y también la pena jurídica de infamia que lesionaba determinados derechos del ciudadano¹⁰⁵.

Por ese motivo, el diputado liberal Larrazábal quiso aprovechar el debate acerca de la supresión de la trascendencia de las penas para traer a colación la necesidad de abolir también la pena de infamia en general, tal y como se había hecho con la pena de confiscación de bienes:

«Cuanto á la primera parte de este artículo, conozco se contrae á extinguir justamente la pena de infamia; mas yo desearía que en lugar de las palabras que juzgo se deben quitar, se hiciera esta adición: «quedando abolida la pena de infamia», para que así como la pena de confiscación de bienes queda absolutamente extinguida, lo fuese también la infamia, que es tanto más grave cuanto es de mayor estimación y aprecio el

¹⁰³ Artículo 304 de la Constitución Española de 1812.

¹⁰⁴ Coincido en esta opinión con M.P. ALONSO ROMERO, *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, en el AHDE, 55 (1985), p. 14, y M. PINO ABAD, *La pena de confiscación...*, pp. 392 y 406.

¹⁰⁵ Véase A. MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo...*, pp. 84-85 y 162-172.

honor y buen nombre del ciudadano sobre todos los bienes temporales. Yo veo se dirá que disponiéndose tenga todo su efecto la infamia precisamente sobre el que la mereció, no necesita el artículo de más explicación; pero mi intento es que la pena que se impone al delincuente no traiga aneja la infamia, porque de lo contrario ésta no dejará de ser un borrón para la familia o parientes del reo; y si la confiscación de bienes se prohíbe, no por consideración al reo, sino a sus descendientes, cuando al condenado a muerte, pongo por ejemplo, ni le aprovecha ni le daña en aquel estado ser dueño de sus bienes que se le confisquen, no encuentro razón para que respecto de la infamia no nos gobierne el mismo principio. Por otra parte, el objeto de la institución de las leyes ha sido y es desde su origen el mejor estar de los individuos de la sociedad: estas ligan con penas para contener su infracción, escarmentar al delincuente, y que á los demás sirva de ejemplo el castigo; mas las penas no es justo se amplíen á la descendencia inocente, al pariente honrado, ni á fomentar la ruina del ciudadano, que después de purgado el delito en que una vez cayó, no se le debe precipitar por la pena á cometer otro mayor, ni á que en adelante deje de ser útil en la sociedad»¹⁰⁶.

La réplica a esta solicitud del señor Larrazábal vino de la mano del diputado Gallego, quien quiso aclarar al preopinante que *«este artículo, que casi comprende las razones en que se funda, dice que la infamia no ha de ser trascendental por término ninguna a la familia del que sufre la pena; pero por esto no se dice que se quite la pena de infamia personal al que comete el delito»*¹⁰⁷.

No hubo ninguna otra intervención en este sentido. Los legisladores se sometían así a la doctrina jurídica mayoritaria, ya que desde que Beccaria y Lardizábal se opusieran radical y expresamente a la trascendencia de la pena de infamia en los delitos de lesa majestad, ningún otro autor había puesto en entredicho la necesidad de acabar con esta manifestación obsoleta del derecho histórico. Otra cosa sería, como advirtiera el señor Gallego, la utilidad de la pena de infamia cuando se imponía de forma personal e intransferible sobre aquel que cometía el delito. La opinión de Beccaria sobre esta cuestión no fue tan contundente como cabría esperar de su discurso, y la que a continuación consiguió imponer Lardizábal en el doctrina del país se mostró conciliadora con la tradición penal, reafirmando la utilidad de ciertas penas infamantes cuando se imponían al delincuente con carácter restrictivo.

De ahí la disensión que puso de relieve el diputado Larrazábal, quien sin embargo no quiso abundar en esta dificultad por no entorpecer el debate parla-

¹⁰⁶ Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, legislatura de 1810-1813, tomo IV, n. 437, p. 2419.

¹⁰⁷ Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, legislatura de 1810-1813, tomo IV, n. 437, p. 2420.

mentario. La necesidad de abolir la trascendencia de las sanciones, de la que principalmente trataba el mismo, era sentida por todos los miembros de la sala. Y por eso se consideró oportuno relegar cualquier discusión tangencial de mayor enjundia a otro momento más oportuno, aprobándose unánimemente el artículo que finalmente declaraba abolida la trascendencia de la pena en el derecho español, e imponiéndose implícitamente mediante su redacción el principio que después se conocería como el principio de personalidad de la pena.