

EL DERECHO PENAL EN LA OBRA DE RAMÓN LÁZARO DE DOU Y BASSOLS

M.^a Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

1. RAMÓN LÁZARO DE DOU Y BASSOLS

Ramón Lázaro de Dou y Bassols nació el 11 de febrero de 1742, en el seno de una noble familia catalana formada por Ignacio Dou y Salá, abogado y Juez de Letras del Tribunal del Almirantazgo de Cataluña, y Gertrudis de Bassols y Colomer, contando además con un hermano, Ignacio, abogado y asesor del Consulado y la Lonja de Barcelona. Tras el paso por el Colegio jesuita de Cordellas en Barcelona, desde 1749 a 1760, ingresa en la Universidad de Cervera que se encontraba en la etapa de su máximo esplendor, debido tanto a la supresión de las demás universidades de Cataluña como al fuerte apoyo económico real y al relanzamiento de los estudios de humanidades, así como a la enseñanza del Derecho nacional por lo que respecta a las Facultades de Leyes¹. En este parti-

¹ «Con anterioridad el estudio del Derecho civil se limitaba al estudio del Derecho romano: los tres primeros cursos, a las instituciones de Justiniano; los cuatro de Leyes, al Digesto. El Derecho nacional se entendía más bien cosa de los prácticos, sin interés para la ciencia y, además, de difícil conocimiento» (MEILÁN GIL, José Luis, «Don Ramón Lázaro de Dou y Bassols y sus Instituciones de Derecho público», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1970, pp. 343-379, p. 350). Sobre la Universidad de Cervera sigue siendo un clásico la obra de PRATS, Joaquim, *La Universitat de Cervera i el reformisme borbònic*, Pagès editors, 1993. Sobre la Universidad puede verse también, sin pretender ser exhaustivos, RUBIO Y BORRÁS, Manuel, *Historia de la Real y Pontificia Universidad de Cervera*, Barcelona: [Joaquín Horta], 1915-1916; VILA, Federico, *Reseña histórica, científica y literaria de la Universidad de Cervera*, Barcelona: Librería Católica Pontificia, 1923 (2^o ed, Lleida, 1981); *Guía histórico-descriptiva de la*

cular, la Universidad de Cervera fue puntera pues en sus estatutos de 1726 ya se establecía la obligatoriedad de explicar las diferencias del Derecho romano, con el llamado Derecho municipal, nombre que recibía el Derecho nacional para diferenciarlo del Derecho común, correspondiendo estas enseñanzas específicamente al Catedrático de Prima, cátedra que fue ocupada por grandes juristas como Lorenzo de Santayana y Bustillo², y José de Finestres y de Monsalvo, maestro y amigo de Dou³. Obtiene el título de bachiller en 1764, la licenciatura y el grado de doctor en leyes en 1765, la licenciatura en cánones en 1767, iniciando a partir de entonces su docencia universitaria en la misma Universidad en la que comenzó sus estudios. En 1769 es nombrado profesor sustituto *pro Universitate*, regentó una cátedra de Decretales en 1770-1771, pero deja momentáneamente su dedicación universitaria para pasar a ocuparse del despacho familiar que llevaba su hermano Ignacio en Barcelona. Regresa a la Universidad de Cervera en 1776 iniciando una larga trayectoria de oposiciones: en 1776 obtiene la cátedra de ascenso mayor de sexto de Cánones leyendo por un espacio de tiempo de dos años, pasando en 1779 a la de Prima de Código, hasta que en 1788 obtiene la cátedra de Prima de leyes. Fue además vocal del

Universidad de Cervera, Lérida: [s.n.], 1929 (Imp. Católica); GÓMEZ GABERNET, Federico, *Catálogo de la exposición de conclusiones académicas de la Universidad de Cervera impresas en la ciudad: (siglos XVIII-XIX)*, [Lérida]: Instituto de Estudios Ilerdenses, 1943; *Bibliografía de Ciencias Médicas de la Universidad de Cervera (siglos XVIII y XIX): Vª Exposición del Libro Cervariense*, Notas preliminares, selección y cotejo de los fondos a cargo de Luis Hernández Palmés..., Lérida: [s.n.], 1947 (Imp. Escuela Provincial); *Bibliografía de Filosofía de la Universidad de Cervera (siglos XVIII y XIX): VIª Exposición del Libro Cervariense*, Notas preliminares... de Luis Hernández Palmés..., Lérida: [s.n.], 1948 (Imp. Escuela Provincial); *Libros de Teología de la Universidad de Cervera: VIIIª Exposición del Libro, Cervariense*, Notas preliminares, selección y cotejo de fondos a cargo de Luis Hernández Palmés, Fernando Razquin Fabregat y José A. Tarragó Pleyán..., Lérida: [s.n.], 1949 (Imprenta-Escuela Provincial); RAZQUIN JENE, José María, *La leyenda negra de la Universidad de Cervera*, [Madrid: Zagor]: Delegación Nacional de Organizaciones del Movimiento, [1962]; SOLSONA CLIMENT, Francina, *El Archivo de la Universidad de Cervera*, Cervera [Lérida]: Cátedra de Cultura Catalana «Samuel Gili y Gaya», Instituto de Estudios Ilerdenses, 1978; FERRÁN, Jaime, *La escuela literaria de la Universidad de Cervera*, Cervera: *Biblioteca de Cervera i la Segarr*: Centre Comarcal de Cultura, D.L. 1985; BENÍTEZ I RIERA, Josep María, *La contribució intel·lectual dels jesuïtes a la Universitat de Cervera*, Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 1990; RAZQUIN JENE, José María, *Lérida: Universidad de Cervera*, Lérida: Dilagro, 1976.

² Su biografía en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, estudio preliminar a *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez de ellos*, de L. de SANTAYANA Y BUSTILLO, Madrid, Inst. Adm. Local, 1979, pp. X y ss. Sobre Santayana véase la comunicación de BOLAÑOS MEJÍAS, Carmen, «Lorenzo de Santayana y Bustillo, catedrático de la Universidad de Cervera», en estas mismas jornadas.

³ Sobre la personalidad de Finestres en relación con la Universidad de Cervera véase CASANOVAS, Ignacio, *Josep Finestres: Estudi biogràfic: Estudi preliminar. Elogi funeral. Vida i escrits. Documents*, Barcelona, Biblioteca Balmes, 1931; *Finestres y la Universidad de Cervera*, Barcelona, Balmes, 1953.

claustro de Diputados, abogado del mismo, visitador de obras y Canciller de la Universidad, cargo que continuó desempeñando por orden real, en consideración a su figura, cuando el Breve de Gregorio XVI de 1831 suprimió el cargo en todas las universidades⁴.

Tras acudir a las Cortes Generales de 1810 como Diputado por Cataluña, en virtud del privilegio de presentación de los profesores a una Canonjía, y ser designado Presidente de las mismas por mayoría, vuelve a Cervera en 1814 permaneciendo hasta su muerte el 14 de diciembre de 1832 a los noventa años de edad, y asistiendo en la misma a episodios como la supresión de la Universidad en su traslado a Barcelona en 1821, y su restablecimiento en 1823 tras la vuelta al absolutismo⁵.

Por último nos gustaría señalar que según Baena del Alcázar, Dou fue canónigo y arcediano del Vallés de la Catedral de Barcelona y maestrescuela de la Santa Iglesia de Lérida⁶.

Sus obras impresas son las siguientes: *De dominio maris. Oratio habita ad cervarienses academicos in petitione juris civiles doctoribus...*, Cervera, Typ. Academicis, 1765, que fue su tesis doctoral; *De tribuendo cultu S. S. Martyrum reliquias in Vigilantium et recentiores haereticos oratio. Habita ad cervarienses academicos...*, Cervera, Tryp. Academicis (1767), que fue su memoria de licenciatura en cánones; *Inscriptiones romanas in Catalonia reportar post vulgatam syllogem D. D. Josephi Finestres...Nunc primum editae a D. D.—, Cervariae lacetanorum*, Tip Academicis, 1769, siguiendo los estudios iniciales de Finestres; *Finestresius vindicatus adversus clarissimum virum Henrierum florenzium*, Barcinone, Francisco Suria y Burgada, 1772, en defensa de Finestres; *In funere d. Josephi de Finestres et de Monsalvo... Oratio habita ad Senatium Academicum XVII Kal. Jana n MDCCLXXVIII a—, Cervariar Lacetanorum*, Typ Academicis, 1778, oración fúnebre a Finestres encargada por el claustro de Cervera; *In aniversario Philipi V. Funere oratio habita ad Academiam cercariense XIII Cal. Ianuar. Anni MDCCLXXXIII. A—, Barcinone, Francisco Suria y*

⁴ El Canciller era la máxima autoridad en la Universidad de Cervera, siendo ocupado por sus personalidades más relevantes: Francesc de Queralt i Reart (1718-1725), Narcis de Queralt i Reart (1732-1738), Miquel Gonder (1738-1743, Manuel D'Alòs i Rius (1743-1752), Blas de Quintana y de Aguilar (1752-1762), Francisco de Fuertes i Piquer (1762-1789), Francisco Escudero (1789-1805) (PRATS, *op. cit.*, pp. 185-189). En el caso específico de Dou y Bassols, fue nombrado Canciller el 17 de diciembre de 1804. Artemi FOLCH se refiere a Escudero como Mariano Ambrosio (*La Universitat de Cervera*, Barcelona, Rafael Dalmau, [s. a.]).

⁵ Los datos biográficos han sido tomados de la obra de MEILÁN GIL, *op. cit.*, y de VILA, *op. cit.*, pp. 286-287, 292-294, 329-330 y 334-335.

⁶ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Los estudios sobre administración en la España del siglo XVIII*, con el discurso sobre el gobierno municipal de José Agustín Ibáñez de la Rentaría, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 56.

Burgada (1783); *Due orationes in Doctorar Petitionibus habita ad Academiam cervariencem*, Cervera, 1788; *Instituciones del Derecho Público general de España, con noticias del particular de Cataluña*, Madrid, Benito García y Cía, 9 vols., 1800-1803; *Memoria sobre los medios de hallar dinero para los gastos de la guerra en que está empeñada la España*, Isla de León, Francisco Periu, 1810; *La riqueza de las naciones nuevamente explicada con la doctrina de su mismo investigador*, Cervera, Imp. de la Universidad, 1822; *Equivalencia del catastro de Cataluña con las rentas provinciales de Castilla*, Cervera, Imprenta Nacional de la Universidad, 1822; *Gratulationes oratotiae in petitionibus Doctorae habitae in Academiam cervariensem ab—*, Barcinone, Vidua Agustini Roca, 1826; *Conciliación económica y legal de pareceres opuestos en cuanto a laudemios y derechos enfiteúticos*, Cervera, José Casanovas, 1829; *Pronta y fácil ejecución del Proyecto sobre Laudemios, fundada principalmente en una autoridad del Dr. Adan Smith*, Cervera, José Casanovas, 1831.

2. LAS INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PENAL EN LA OBRA DE DOU

Las *Instituciones de Derecho público*, obra magna de Dou, son fruto de un proyecto iniciado en 1774 junto a un compañero de Universidad, Francisco Dorca, con el propósito fundamental fue seguir la obra sobre Derecho público del francés Domat, pero que tras la muerte de Finestres continúa en solitario y con nuevos objetivos, hasta su finalización en 1794, aunque no fue publicada hasta 1800. Pese a considerarse en su época que no era adecuada para la enseñanza universitaria, si se le reconoció su utilidad, tal y como sería enalzada por la posteridad, siendo el objeto fundamental de estudio de cualquier administrativa que centre su investigación sobre el siglo XVIII⁷.

El tomo VII y VIII de las *Instituciones de Derecho público*⁸, es donde encontramos el pensamiento penal de Dou y Bassols. Aunque en el título V se engloba toda la reconstrucción penal realizada por Dou bajo el título de «del juicio criminal», es la necesidad de tratar previamente de los delitos y de las penas, la que le da pie para hacer una reconstrucción teórica penal inusual en los escritores de la época. De ahí que el autor inicie su andadura tratando del delito, de los tipos de delitos, de las penas, sus características y tipos en el tomo VII, para continuar tratando de los delitos en particular, en los tomos VII y VIII.

⁷ BAENA DEL ALCÁZAR., *op. cit.*

⁸ DOU Y BASSOLS, Ramón Lázaro de, *Instituciones de derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier estado*, Barcelona, Branchs, 1975.

Aunque el autor no utiliza la terminología actual que nos haría referirnos a sus teorías como a una teoría general del derecho penal, que nosotros hemos empleado, sí existe en su obra una definición intrínseca entre una parte que podríamos llamar general, aunque no se traten de muchos de los extremos englobados dentro de la misma por la codificación decimonónica, ya que se limita a exponer con carácter general su teoría acerca de los delitos y de las penas, y una parte especial, de la que nos ocuparemos en otro momento. Lo cual no deja de producirnos una cierta sorpresa por cuanto en los autores de la época no existía una definición general y abstracta de los delitos y las penas, sino que simplemente se describían las distintas especies o tipos de delitos existentes indicando las penas correspondientes⁹. Además de que los primeros tiempos del siglo XIX los penalistas españoles se ocuparon fundamentalmente de las traducciones de tratados extranjeros, de la recopilación de normas y de la elaboración de tratados prácticos, dedicados fundamentalmente a la actuación ante los tribunales. Y así será hasta la aparición de la obra de Joaquín Francisco Pacheco, *Lecciones de Derecho penal*, conferencias impartidas en el Ateneo que fueron publicadas tiempo después como *Estudios de Derecho penal* (1ª ed. Madrid: Boix, 1842; 5ª ed. Madrid, 1887)¹⁰.

Antes de entrar de lleno en el pensamiento penal de Dou conviene señalar que fue en 1782 cuando apareció la obra de Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas, contraídas á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*¹¹, obra que revolucionaría el derecho penal en España como reflejo de lo que había supuesto en toda Europa la obra de Beccaria, *Dei Delitti e delle pene*¹². Dou maneja la obra de Lardizábal siendo su principal fuente,

⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M., *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid: BOE-CERA, 2004, pp. 32-36.

¹⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M. «Historiografía penal española (1808-1870): la escuela clásica española», en ALVARADO, J. y SERRANO, A. (eds.), *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Madrid, Dickinson, 2007, pp. 69-129.

¹¹ Madrid, Joachin Ibarra, 1782. Utilizo la edición con introducción de Ignacio Serrano Butragueño, Granada, Comares, 1997.

¹² Sobre Lardizábal véase ROSAL, Juan del, «Un supuesto Código Penal del siglo XVII», *RGLJ*, I (1943), pp. 614 y ss.; ALONSO PACHECO, Joaquín, «El pensamiento penológico de Lardizábal (Breve comentario al «Discurso sobre las penas»», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1953 (febrero), pp. 64-71; BLASCO FERNÁNDEZ MOREDA, F., *Lardizábal. El primer penalista de América Española*, México: [s. n.], 1957 (Imp. Universitaria); RIVACOBIA RIVACOBIA, M., *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964; ANTÓN ONECA, José, «El derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 174 (julio-septiembre 1966), pp. 595-626; CASABÓ RUIZ, José Ramón, «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 22 (1969), pp. 313-342; «Vida y obra de Manuel de Lardizábal y Uribe», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, libro homenaje al profesor Antonio BERISTAIN, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 103 y ss.; SILVA SÁNCHEZ Y BALDO LAVILLA, «La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal», *Estudios de Derecho penal y*

haciendo referencias continuas a la misma en numerosas ocasiones, siguiendo a veces sus teorías y discrepando en otras de las mismas.

Junto a Lardizábal, su referente más importante es Lorenzo Matheu y Sanz haciendo referencia a «Crim. Prolegomena» en alusión a su obra *Tractatus de re criminali sive controversiarum usufrequentium*, (Ludgunu, 1676), cuyas opiniones son citadas en abundantes ocasiones, y a las que se da preferencia en la cita a cualquier disposición legal. También existen alusiones a Francisco de la Pradilla y su *Tratado de las leyes penales de Castilla*, nombre con el que hace referencia a la *Suma de todas las leyes penales, canónicas, civiles y de estos reynos, de mucha utilidad y provecho, no sólo para los naturales de ellos, pero para todo en general*¹³.

Pero además Dou conoce ya la obra de Filangieri cuando manifiesta que recuerda haberla leído, «quando aun no estaba prohibida por el Santo Tribunal»¹⁴. Gaetano Filangieri publica su obra *Scienza della legislazione*, entre 1780 y 1785¹⁵, encabezando el movimiento de la Ilustración crítica al derecho del Antiguo Régimen¹⁶. Al igual que Beccaria¹⁷, Filangieri considera que el fundamento al derecho de castigar se encuentra en el pacto social, siendo el objeto de la pena preventivo: evitar que el delincuente cause más daño. De ahí que se muestre partidario de la aplicación de la pena de muerte con moderación, y de una mayor humanidad para todo el sistema, rechazando de plano el arbitrio judicial. Todos estos preceptos los veremos asumidos por Dou, de ahí que su pensamiento podamos encuadrarlo en la escuela penal clásica española¹⁸, cuyos principios generales han sido sintetizados por Alfonso Serrano Gómez¹⁹:

criminología, libro-homenaje al profesor José María RODRÍGUEZ DEVESA, II, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989, pp. 345 y ss.; ORELLA UNZÚE, José Luis, «Don Manuel de Lardizábal y Uribe (Txaxcala 1734+ Madrid, 1820), consejero de Castilla y firmante del Estatuto de Bayona», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M. (coord.), *Corte y Monarquía en España*. Madrid: CERA-UNED, 2003.

¹³ Madrid, 1613 (Valladolid, Lex Nova, 1996). Sobre de la Pradilla véase DEL ROSAL, «Un supuesto de Código penal del s. XVIII», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, I (1943).

¹⁴ DOU, *op. cit.*, VII, p. 183.

¹⁵ FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, traducida al castellano, Madrid: Imprenta de Ibarra, 1813, 10 v.; FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, nuevamente traducida por Don Juan Ribera, Segunda edición, revista y corregida, Burdeos: Imp. Pedro Beaume, 1823. Además hay autores que mencionan la siguiente edición FILANGIERI, C. *Ciencia de la legislación*, traducción de J. Rubio, Madrid, 1822, que no hemos encontrado. Habida cuenta de la fecha de la traducción española, Dou tuvo que manejar el original italiano.

¹⁶ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Madrid: UNED, 1981, p. 33.

¹⁷ BECCARIA, Cesare, Marchesi di, *De los delitos y de las penas*, introducción notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1969.

¹⁸ Véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M. «Historiografía penal española (1808-1870): la escuela clásica española», *op. cit.*

¹⁹ SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 47.

- Sostenimiento del principio de legalidad.
- Fundamentación del derecho a penar en la naturaleza humana.
- Carácter retributivo y proporcional de la pena, que tiende a la prevención general. Petición de extinción de la pena de muerte.
- No se tiene en cuenta al delincuente.
- Utilización del método lógico-abstracto o deductivo.

Pese a lo que pudiera pensarse, las fuentes jurídicas de referencia utilizadas por Dou no son sólo las nacionales o «regnicolas», sino las romanas, centrandose en muchas ocasiones el grueso de la exposición en el *Digesto*, y en menor medida en las *Instituciones*, acudiendo en muchas ocasiones a las comparaciones. Las referencias al derecho patrio se producen fundamentalmente a dos obras, a la *Curia Filipica*²⁰ y a las *Partidas*²¹ y en muy escasas ocasiones a las *Recopilaciones*. Por lo demás cuando alude a normativa penal específica, con carácter general va referida a disposiciones dictadas en el siglo XVIII²².

Puede comprobarse su nivel de formación humanística en las continuas alusiones a los clásicos que aparecen entre sus páginas: Tito Livio (25), Platón (19, 99), Cicerón (19, 25, 63, 83, 89, 99), Aristóteles (99) y Horacio (100). Así como de Heinecio (30,47, 59), Grocio —*Iure belli et pacis*, 19—, e incluso Montesquieu (91, 92). Manifestando asimismo una especial predilección en ocasiones por los textos bíblicos —la epístola a los romanos de San Pablo, las de San Agustín— y en esencial del antiguo testamento: el profeta Natán (10), el Éxodo (19, 27, 79, 132, 136), el Levítico (27, 80), el Deuteronomio (38, 96).

²⁰ DOU, *op. cit.*, VII, p. 29, 35, 38, 115, 122, 128, etc.

²¹ DOU, *op. cit.*, VII, p. 59, 60, 62, 63, 111, 128, etc. Sobre el Derecho penal en esta época, además del clásico de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *el Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, y de la obra de SAINZ GUERRA, Juan, *La evolución del Derecho penal en España*, Jaén: Universidad: 2004, véase DORADO MONTERO, Pedro, «El derecho penal en Iberia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1901; DU BOYS, E. *Historia del Derecho penal en España*, Madrid, 1872; ESCUDERO, José Antonio, «Derecho penal», *Gran Enciclopedia Rialp*, VII, Madrid, 1979; GACITO FERNÁNDEZ, Enrique, «Aproximación a la Historia del Derecho penal español», en *Atti dell'incontro di Studio (Firenze-Lucca, 25-27 maggio, 1989)*, 2 vols., Milán 1990; «Los principios penales de las Partidas», *Rudimentos legales. Revista de Historia del Derecho*, 3 (2001), pp. 21-42; GAMBARA, Luis, *El Derecho penal en la Antigüedad y en la Edad Media*, Barcelona, F. Granada y Cía., 1910; LÓPEZ AMO Y MARÍN, A., «El Derecho penal español en la Baja Edad Media», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 216 (1956), pp. 337-368; MONTES, Jerónimo, *Los principios del Derecho penal según los escritores españoles del siglo XVI*, Madrid, [s. n.], 1903; RIAZA, Román, «El derecho penal en las Partidas», en *Trabajos del Seminario de Derecho penal, dirigidos por Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, editorial Reus, 1922.

²² DOU, *op. cit.*, VII, p. 78

2.1. Los delitos

Utilizando la tradicional división romana en *delitos* y *crímenes*, comienza significando cómo existe un conocimiento genérico entre la colectividad de la población acerca de los extremos más básicos de ambas denominaciones, que atribuye al término «crimen» la catalogación de los supuestos penales más atroces y reprobados por la sociedad. Con todo señala la habitual dificultad existente a la hora de definir el delito, que encontramos en muchos de sus coetáneos, y ante la existencia de varias definiciones, se arriesga a aventurar una propia, que a continuación desarrollará partiendo del análisis de los términos utilizados en la misma:

«El delito es una transgresión culpable de la ley con alteración del buen orden de la república»²³.

En primer lugar hay que hacer constar que no existe una definición de lo que es el delito en la obra de Lardizábal, y creo poder afirmar que esta es la primera vez que en un texto en castellano aparece una definición de delito. Téngase en cuenta que, como dijo Tomás y Valiente, «tanto en las leyes como en los doctores la tendencia a la conceptualización es mínima a la hora de definir un delito cualquiera, domina siempre un estilo descriptivo y casuístico (...). Ni son claras, abundantes y precisas las definiciones de lo que en terminología actual llamaríamos cada tipo de delito, ni hay tampoco la preocupación legal o doctrinal por elaborar qué sea el delito en abstracto»²⁴. Pero además ésta es una definición muy interesante pues será muy parecida a la que figurará el proyecto de Código penal de 1830: «El delito es una transgresión voluntaria de la ley civil, con ofensa del Estado o de los particulares»²⁵.

Dou pasa analizar los requisitos para la existencia del delito, según su anterior definición que son:

a) La trasgresión.

Dou centra en la trasgresión la vertebración del delito en sí, utilizando el axioma *quod legitime factum est nullam poenam meretur* en el sentido de no traspasar las limitaciones impuestas por las leyes, y como resultado de ello distingue entre delitos de comisión y de omisión, y se centra en la explicación de las diferentes formas de realización de la trasgresión o comisión del delito. Aunque de momento no entre en detalle incluyendo adjetivaciones a dicha trasgresión, más adelante si insistirá en que la misma sea culpable²⁶.

²³ DOU, *op. cit.*, VII, p. 4.

²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 203. Téngase en cuenta que las excepciones son escasas, y pueden limitarse a Vicente Vizcaíno Pérez.

²⁵ Sobre las distintas definiciones de delito hasta la definitiva del Código penal de 1848 véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, *op. cit.*, pp. 100-102.

²⁶ DOU, *op. cit.*, VII, p. 12.

Utilizando una terminología escolástica, apreciada por el autor en cuanto a la exactitud en la definición, distingue si la trasgresión procede de causas físicas o morales, entendiendo por la primera la que realmente produce el delito, mientras que la causa moral, instrumental o ministerial no actúa de forma directa sino proporcionando un instrumento para la ejecución del delito: «causa moral de la transgresión es la que la produce, ó la hace con la voluntad, sin concurrir con el cuerpo ó sus miembros físicamente á la execucion»²⁷. Por ello incluye entre las causas morales los supuestos de mandato tanto de un superior del tipo que sea —padre, tutor, señor, amo, jefe, etc.— en abuso de facultad, como el encargo directo²⁸.

Aunque no hace una mención específica a las formas de participación en el delito, en un momento de su excurso considera cómplice al encubridor, y llega a hablar de los receptadores y encubridores, pero asimila todas las figuras a la del delincuente²⁹. A este respecto discrepa de Lardizábal respecto de considerar cómplices a los que no impiden el delito sólo en los casos de delitos atroces, señalando cómo la única diferencia que puede existir es la de una distinta pena en función de la gravedad del delito, no llegando a considerarles tanto como autores, pero considerando que de todas formas cometen un delito³⁰.

b) La voluntariedad.

No existe culpa si la trasgresión no se realiza con voluntad, libertad o advertencia, de ahí que excluya los supuestos de caso fortuito y los de violencia irresistible. Y de la misma manera la comisión del delito es personal e intransferible a los parientes —excepto para el caso del crimen de lesa majestad, en que considera que los mismos pueden ser desterrados³¹—. De ahí que no pueda castigarse a los animales, que carecen de voluntad.

En relación con esta voluntariedad, señala los supuestos de exclusión de la capacidad para la comisión de los delitos siguientes: la locura o furia —que deben ser objeto de tratamiento médico—, la mentecatez, la niñez, el sonambulismo. No considera que deba excluirse la prodigalidad, ni el arrebató pasional. En cambio la sordera y la mudez entiende que si son de nacimiento deberían modificar la responsabilidad, no siendo excluyentes si son adquiridas. Un apartado especial objeto de su atención es la regulación que debe hacerse de los delitos cometidos por un loco en un intervalo lúcido o los cometidos en estado

²⁷ DOU, *op. cit.*, VII, p. 8.

²⁸ En cambio le surgen dudas acerca de si la ratihabición o aprobación del delito puede tener los mismos efectos que el mandato tal y como señalan los juristas romanos no admitiéndola, y ello porque no interrelaciona dicha aprobación posterior con el encargo previo del delito, en cambio sí considera al consejo semejante al mandato aun distinguiendo según el grado de persuasión y si el consejo es general o especial (DOU, *op. cit.*, VII, p. 10).

²⁹ DOU, *op. cit.*, VII, p. 12

³⁰ DOU, *op. cit.*, VII, p. 19-23.

³¹ DOU, *op. cit.*, VII, p. 26.

de embriaguez por personas que acostumbran a emborracharse, que considera que deben ser punibles, especialmente el caso de la embriaguez habitual que indica que debe ser castigada en sí misma, no así la embriaguez no habitual, que señala que juega como circunstancia atenuante, excepto en el caso de los militares en virtud de lo dispuesto en las Ordenanzas militares³².

Sí resultan curiosas las apreciaciones que hace acerca de la advertencia. Según Dou, «a mas de la voluntad y libertad en la accion debe concurrir la advertencia, de que es contra la ley, para que se gradue de culpable la transgression. Pues, por mas que se haga algun acto con voluntad y libertad, no hay culpa ni delito, si el que le hace no está advertido, de que no le puede hacer, si no tiene conocimiento de que obra mal»³³, utilizando el principio *malicia no advertida no contraida*, indicando que la única duda que puede existir al respecto está en el grado de advertencia necesario. Y es que se está introduciendo de forma soterrada el principio de «*nullus crimen nulla poena sine lege*», a la vez que indica que existe una obligación de conocer las leyes del país, como forma de paliar el que la ignorancia de las leyes pueda eximir de su cumplimiento³⁴. Esto llevado a sus últimas consecuencias reconduce el delito al comportamiento doloso, no cabiendo la culpa *lata* para la comisión del delito, por lo que en estos casos se recomendaría imponer una pena extraordinaria. Por lo demás el grado de culpabilidad será mayor cuando mayor sea el grado de advertencia, y se excluiría expresamente la casualidad o caso fortuito de la posibilidad de imputabilidad³⁵. En cambio sí considera que falta la advertencia en los movimientos de las pasiones, llamados por los escolásticos *primo primos*, cual es el caso del adulterio *in fraganti*, en cuyo caso puede disminuirse la pena e incluso eliminarse.

Fuera aparte de los supuestos contemplados, Dou no considera eximentes ni el miedo insuperable, ni la voluntad forzada, aunque considera que son circunstancias que deben modificar la penalidad.

Por el contrario entiende que disminuye la advertencia la falta de edad en los impúberes, de ahí que proceda a establecer límites de edad en los catorce años en los hombres y doce en las mujeres, como límite comúnmente fijado al entendimiento, señalando que hasta los veinticinco dicho entendimiento se encuentra muy disminuido, aunque esta es una *presuncion iuris tantum* pues

³² DOU, *op. cit.*, VII, p. 35. Precisamente el carácter de vicio «feo y perjudicial» de la embriaguez llevó a grandes discusiones a los políticos que intervinieron en los debates parlamentarios realizados con motivo de la presentación de la ley de autorización para la publicación del Código penal de 1848, en orden a su admisión como atenuante (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, *op. cit.*, p. 112).

³³ DOU, *op. cit.*, VII, p. 36.

³⁴ Ya el derecho romano establecía la obligatoriedad de conocer las normas y sus infracciones (SAINZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 141-142).

³⁵ DOU, *op. cit.*, VII, p. 117.

siempre puede probarse la existencia o no de entendimiento. Tal benignidad en la consideración de la edad contrasta con la taxativa reducción del límite mínimo de la edad penal que se realizaría en los textos decimonónicos, el más duro de los cuales es el propio Código penal de 1822, que reduce la misma a la edad de 7 años³⁶.

c) La alteración del orden público

Tras poner de manifiesto la distinción entre delito y pecado, señala cómo los actos puramente intrínsecos no son delito, porque:

«Las leyes penales, que nacióron con la sociedad como esencialmente necesarias para su conservación, no puedan tener otro objeto, que aquellas acciones externas, que directa ó indirectamente turban la publica tranquilidad, ó la seguridad de los particulares, y que por consiguiente solo estas son verdaderos delitos»³⁷.

Por ello plantea el problema de si los delitos deben medirse por los resultados que producen, fundándose en razones de orden público, y por la dificultad de averiguar el grado de malicia con el que la acción se acomete, debiendo necesariamente basarse para el establecimiento de conclusiones en los actos externos realizados.

2.1.1. «Circunstancias extrínsecas que agravan o disminuyen el delito»

Considera Dou que es preciso distinguir en los delitos las «circunstancias extrínsecas», en una clara referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, que en su opinión son seis: las personas por quien y contra quien se comete el delito, el lugar, el tiempo en que se comete, la calidad y cantidad sobre la que recae y el modo en que se ejecuta³⁸.

a) Por circunstancias de la persona, entiende la condición social de la misma, pues en determinadas situaciones interviene un cierto nivel de confianza que se defrauda —caso del criado, doméstico o dependiente— o por el contrario es menos doloso el mismo —caso de la mujer que hurta cosas al marido—, entendiendo que entre estas circunstancias se encuentra la reincidencia. De una manera específica se fija en el caso de

³⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, op. cit., p. 108.

³⁷ DOU, op. cit., VII, p. 63.

³⁸ DOU, op. cit., VII, p. 56. Sobre las circunstancias agravantes en general véase MONTANOS FERRÍN, M.^a Emma, «La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 74 (1988-1989), pp. 399-441.

las injurias, que varían de graduación según a quién están dirigidas. Esta circunstancia también le sirve para indicar que «han de tratarse con alguna indulgencia las mugeres por la delicadeza de su complexión, y por la fuerza del rubor, sumamente natural en su sexo: por estas circunstancias quedará una muger con ménos pena igualmente ó más castigada, que un hombre de la misma clase»³⁹. De igual manera aconseja moderación de la pena en los viejos y en los que espontáneamente confiesan el delito.

- b) Por circunstancias del lugar, considera que la comisión del delito varía de penalidad. Por ello se considera más grave el delito cometido en lugares religiosos.
- c) Por circunstancia del tiempo, entiende más grave el de más larga duración.
- d) Por circunstancias de la calidad de la cosa sobre la que recae el delito, indica que existen protecciones distintas, por ejemplo, para los distintos tipos de heridas.
- e) Por circunstancias de la cantidad de la cosa, por ejemplo, es mayor el hurto cuando mayor sea la cosa.
- f) Por circunstancias del modo de cometerse, existen diferencias dependiendo de si se usa violencia, se oculta el rostro, o si se da la cara.

2.1.2. Tipos de delitos

Dou realiza la siguiente clasificación de los delitos:

- a) Atentados y consumados, distinción que considera que no contradice su definición de delito pues aunque es precisa una alteración del orden de la república, esta también se produce en el caso de los «conatos»⁴⁰. Pero lo que sí reclama es una pena menor para el atentado que para el consumado. En cambio, el delito frustrado es partidario de castigarlo como el consumado⁴¹.
- b) De comisión o de omisión.

³⁹ Dou, *op. cit.*, VII, p. 127.

⁴⁰ Esta vez nos encontramos con un término que será usado en el Proyecto de Código penal de 1830 para referirse a la tentativa: «Art. 52. Los conatos de cometer un delito no se castigarán con la pena del delito mismo, sino en los casos que así se determine expresamente por la ley» (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, *op. cit.*, pp. 113-114).

⁴¹ Dou no menciona el delito frustrado, sino que habla de excepciones para empalzar el conato señalando el caso «en que el conato, llegase hasta el acto mismo de consumir el delito, aunque efectivamente no tenga efecto por algun accidente» (Dou, *op. cit.*, VII, p. 135).

- c) Graves y leves, en función del perjuicio causado.
- d) Feos y no calificados, según la pragmática de 12 de marzo de 1771, que considera los primeros fruto de un envilecimiento y bajeza de ánimo, mientras que los segundos son fruto de la falta de reflexión.
- e) Delitos públicos y privados, propia del Derecho romano, y que el autor reconoce que se encuentra en desuso.
- f) Comunes y propios, según que puedan recaer en todo tipo de personas o sólo puedan ser cometidos por unos pocos.
- g) Regulares y privilegiados, según si tienen o no particularidades.
- h) Notorios y ocultos, según la forma de comisión.
- i) De prueba regular o difícil.
- j) Nominados e innominados, según que tengan o no nombre propio.
- k) Según las virtudes a que se oponen, siguiendo la división de Domat en delitos que vulneran la religión, los que trastornan la sociedad, los que van contra el príncipe o el Estado, los que turban el orden público, los que faltan a las obligaciones del matrimonio y nacimiento, los que quebrantan obligaciones entre particulares, los que turban el orden público por el mal uso de las personas.

2.2. Las penas

Según Dou, la pena es:

«Un castigo proporcionado del delincente, impuesto por potestad legítima para escarmiento y enmienda de los hombres con reparacion del daño particular ó publico, que se causó con algún delito»⁴².

Esta es una definición mucho más precisa y jurídica que la dada por Lardizábal, que sigue los tópicos clásicos modernos sobre la pena: «el mal que uno padece contra su voluntad y por superior concepto, por el mal que uno voluntariamente hizo con malicia, o por culpa»⁴³. De esta definición hace derivar las características de las penas: proceden de la naturaleza de los delitos, son proporcionadas a los mismos, son públicas, exigen rapidez en la ejecución y por tanto irremisibilidad, son necesarias y están dictadas por la misma ley.

Dou, por su parte aconseja la moderación en la aplicación de cualquier tipo de penas, evitando el abuso en su utilización por parte de los magistrados, aconsejando además encontrar en la aplicación la proporción entre los delitos

⁴² DOU, *op. cit.*, VII, p. 78.

⁴³ LARDIZÁBAL, *op. cit.*, pp.18-19.

y las penas, por razones de dignidad humana, evitar la crueldad en las mismas⁴⁴ y el excesivo rigor.

Además nos señala cuál es el fin de las penas:

«La reparación del daño público debe ser el fin principal de toda pena: la salud de la república ha de ser la primera y suprema ley: el daño, que causa el homicida y el sedicioso, desconcertando el orden y la armonía de la república con un escándalo y mal ejemplo, capaz de seducir y perturbarlo todo, debe ser reparado con un acto, que infunda tanto respeto, subordinación a las leyes y amor al sosiego y tranquilidad pública, quanto es lo que alteran los indicados delito: y este acto no puede ser otro, que la execucion de la pena establecida, para que los otros teman, y no se atrevan á hacer semejantes excesos»⁴⁵.

Pero no es éste el único fin, sino que junto al mismo está la corrección⁴⁶. De ahí que no admita la ley del talión. La definición de Dou presenta líneas de conexión con la de Lardizábal, en cuanto a la variedad de fines: la seguridad de la República, los ciudadanos y sus bienes, y el ejemplo y corrección del delincuente⁴⁷.

Respecto de la proporcionalidad de las penas, considera que a mayor delito debe imponerse una pena mayor, sentando la premisa de que la gravedad de un delito debe establecerse en función de la alteración del orden público que produce, distinguiendo para ello entre delitos que destruyen o dañan al Estado o a la sociedad y los que dañan a los particulares, siendo los primeros los que mayormente dañan al orden público. Pero junto a ello, señala la existencia de tres grados de culpa para cada delito —lata, leve y levisima—, diferenciando por ello en tres grados de malicia: el regular y natural, el de circunstancias que le agraven y de circunstancias que le disminuyan. Con ambas distinciones puede establecerse la proporcionalidad. Recordemos que el principio de proporcio-

⁴⁴ Considera que la crueldad debilita el rigor de la pena, enseña a los hombres a no temerla y a no respetar a las leyes, además de inducir a la negligencia en el cumplimiento de las leyes, producir costumbre en la población e incluso producir delitos mayores, además de endurecer la sociedad y envilecer los ánimos (DOU, *op. cit.*, VII, p. 90).

⁴⁵ DOU, *op. cit.*, VII, p. 96.

⁴⁶ Véase ARVIZU GALARRAGA, F., *El valor intimidatorio de la pena en el derecho medieval español: su proyección al momento actual*, lección inaugural del curso académico 1986-1987, León: Universidad, Servicio de Publicaciones, 1986. Sobre los fines de las penas ANTÓN ONECA, José «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, julio-agosto de 1964; SERRA RUIZ, R. «Finalidad de la pena en la legislación de Partidas», *Anales de la Universidad de Murcia*, 3-4 (1962-1963), pp. 199-257.

⁴⁷ SAINZ GUERRA, *op. cit.*, p. 56.

nalidad entre los delitos y las penas es uno de los postulados claves de los autores ilustrados, siendo Filangieri su mayor defensor⁴⁸.

Además Dou señala cómo a veces «el delincuente no es del todo autor del delito»⁴⁹, contribuyendo sólo en parte al mismo, entrando en la polémica acerca de las formas de participación en el delito. De ahí que la totalidad de la pena sólo corresponda imponerla a los autores, y a los que son causas instrumentales o ministeriales del delito⁵⁰, mientras que a los cómplices que no concurren en la ejecución son merecedores de una pena menor, al igual que los receptadores y encubridores⁵¹, pese a lo establecido en las Partidas⁵². Respecto de los que mandan cometer un delito la pena debe ser la misma que para el autor, reduciéndose la misma para el que ejecuta el delito obrando un mandato, y disminuyendo la pena la revocación del mandato.

Para el caso de que el mismo reo cometa varios delitos, Dou es partidario del cumplimiento de la pena mayor⁵³.

2.2.1. La pena de muerte

Dado que el poder procede de Dios, y que se constata directamente la orden de la imposición de la pena de muerte para algunos supuestos en los textos sagrados, por tanto se muestra defensor de la existencia de la pena capital. Contradice así Dou a los partidarios de impugnar la posibilidad de la aplicación de la pena de

⁴⁸ MASFERRER DOMINGO, Aniceto, *Tradición y reformismo en la codificación penal española*, Jaén: Universidad, 2003, p. 77.

⁴⁹ DOU, *op. cit.*, VII, p. 104.

⁵⁰ La teoría de que el instigador o *mandans* debía ser más severamente castigado que el *mandatarius* o en todo caso como actor del delito, procede de la doctrina medieval italiana (MASFERRER DOMINGO, *Tradición...*, *op. cit.*, p. 134).

⁵¹ Categorías que pasarán a nuestra codificación decimonónica (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, *op. cit.*, pp. 116-124).

⁵² Partidas, 7, 34, 19: «á los malhechores, é a los consejadores, é a los encubridores debe ser dada pena igual». Respecto de los factores, receptadores y auxiliadores, Dou señala como la costumbre en Cataluña era proceder contra los mismos con excesiva severidad, de ahí que la Audiencia en un edicto de 21 de octubre de 1716 al advertir diferentes penas en función de las constituciones de Cataluña «como establecidas de nuevo con el decreto de Nueva Planta del Sr. D. Felipe V, y á varias pragmáticas, órdenes y pregones publicados, se manda, que el que se atreva a recoger, dar consejo. Favor o ayuda á los forajidos, publicados por enemigos de S. M., ladrones publicos ó personas facinerosas, teniendo ciencia de que lo son, incurran, si gozan de privilegio ó de hidalguía, en la pena de deportación a una fortaleza o presidio de os de S. M. por más o ménos tiempo á arbitrio del juez con la facultad de agravarla hasta muerte natural según las circunstancias, y siendo plebeyo la misma pena con reclusión en galera en lugar del presidio» (DOU, *op. cit.*, VII, p. 108).

⁵³ DOU, *op. cit.*, VII, p. 140.

muerte por considerar que el poder procede del pacto social y que al transferir el mismo en ningún momento se cedió o depositó el derecho a la vida y a la muerte en manos de los gobernantes, alegando que olvidan el carácter sagrado de la comunicación del pacto y del impulso que se le da. Dado lo controvertido de su postura se ve en la necesidad de fundamentar el derecho a imponer dicha pena y para ello acude al derecho natural, alegando que el mismo pacto social si se considera «racional y prudente, no pudo dexar de comprender la renuncia de todos los derechos, que fuese necesaria para conservarse la sociedad»⁵⁴; a la propia naturaleza humana que repugna de crímenes atroces y que ha llegado en ocasiones a aplicar la ley del talión y a la necesidad de extirpar a los elementos perjudiciales para la sociedad —«es necesario alguna vez mortificar y cortar algun miembro para salvar el cuerpo»—. Se manifiesta convencido de la necesidad de la pena capital, por el fuerte poder disuasorio de la misma de cara a la comisión de los delitos, tal y como había demostrado la experiencia, el paso del tiempo y su aplicación por todos los Estados. Con todo no se muestra amigo de prodigarla en exceso, tal y como ocurre en muchos países⁵⁵, ni de aplicarla con crueldad mediante suplicios inhumanos. En este sentido recuerda que en España sólo se aplica la pena de muerte en los casos de horca, garrote y arcabuceo, existiendo el descuartizamiento en Cataluña para los delitos gravísimos pero aplicado sólo una vez que el reo ha muerto, y que se han derogado las penas de aletear, quemar vivos, así como las de mutilación.

2.2.2. Tipos de penas

Dou establece la siguiente clasificación de las penas:

- a) Penas serviles y propias de hombres libres, distinción propia del derecho romano y que considera en desuso.
- b) Penas que irrogan infamia, que deben ser impuestas teniendo especial cuidado y evitando la frecuencia⁵⁶. Entre las penas que causan infamia incluye los azotes, la horca, la pena de baquetas.

⁵⁴ Dou, *op. cit.*, VII, p. 82.

⁵⁵ «En el capítulo de Lóndes con fecha de 11 de octubre de 1785 de la gazeta de Madrid de 1 de noviembre del mismo año se lee lo siguiente: *En un siglo, contado desde el año 1685 hasta ahora, han sido sentenciados á muerte y ajusticiados en el reyno según cálculos prudentes setenta mil personas. Número espantoso, y que despierta el deseo de la conservación de tantas vidas, que tal vez se podrian libertar, sin dexar impunes los delitos, empezando á sus autores, en lugar de privar á la sociedad para siempre de ellos, en construir puertos, hacer rios navegables, abrir canales y caminos por los montes, descuajar terrenos, cultivar otros, beneficiar minas y cante-ras, ú otras obras públicas semejantes*» La cursiva es del original (Dou, *Op. cit.*, VII, pp. 88-89).

⁵⁶ «Es necesario, que la infamia, impuesta por ley a algun delito, sea conforme á las relaciones, y naturaleza de las cosas, porque si se declaran infames algunas acciones, que son de suyo indife-

c) Penas aflictivas, entendiendo por tales las corporales o penas que causan algún dolor, trabajo, incomodidad o privan de la libertad o comodidad, y las que obligan a practicar diligencias o privan de bienes o derechos. Entre las penas corporales se encuentran las capitales, las mutilaciones —en desuso⁵⁷—, los azotes, los palos —que no deben usarse—, la vergüenza pública, las galeras —restablecida por decreto de 16 de febrero de 1785⁵⁸—, las minas, los arsenales y presidios, reclusión —descartando la reclusión perpetua, y señalando que la duración mínima para la reclusión es de dos años— y destierro⁵⁹. Entre las no corporales, las pecuniarias⁶⁰, la confiscación⁶¹, la multa, la palidonia y privación de movimientos o derechos —inhabilitación y privación de empleo—. Recordemos que la terminología que terminará imponiéndose en los textos decimonónicos es la de penas aflictivas y correccionales⁶².

2.2.3. *El arbitrio*

La enumeración va perfectamente detallada y con continuas explicaciones y referencias a la legislación, para terminar aludiendo a la necesidad de dejar

rentes, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales, y que las leyes no deben forcejear contra el sentir comun de las gentes, aunque sea éste una preocupación» (DOU, *op. cit.*, VII, p. 146). Sobre la pena de infamia véase MASFERRER DOMINGO, «La pena de infamia en la codificación penal española», *Ius Fugit*, 7 (1998), pp. 123-176; *La pena de infamia en el derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune*, Madrid, Dykinson, 2001.

⁵⁷ Sobre las mutilaciones son muy impactantes los argumentos utilizados por Lardizábal, que trata específicamente del tema (*op. cit.*, pp. 91-93).

⁵⁸ Sobre la pena de galeras véase SAINZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 318-325.

⁵⁹ La pena de destierro es objeto de un apartado específico en el que indica que no debe aplicarse a los que pueden dar mal ejemplo, aunque es muy útil para los reos de delitos realizados mediante pasiones contrarias de amor u odio (DOU, *op. cit.*, VII, p. 174). Sobre la pena de destierro véase SAINZ GUERRA, *op. cit.*, pp. 326-330.

⁶⁰ Sobre estas penas dice lo siguiente: «parece, que en caso de establecerse la pena pecuniaria lo mejor es buscar la que sea proporcionada para la gente mediana de la clase, que por lo común suele cometer los delitos, que se quieren castigar con pena pecuniaria» (DOU, *op. cit.*, VII, p. 185). Como substitutivo de la pena pecuniaria en caso de no poder pagarla prevé la imposición de una pena corporal moderada. Y considera que debe ajustarse subiéndolas o bajándolas con el tiempo. Sobre este tipo de penas véase ALONSO ROMERO, M.^a Paz, «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55 (1985), pp. 9-94.

⁶¹ Señala Dou que en Cataluña sólo cabe en los caos de herejía y crimen de lesa majestad, mientras que en Castilla procede en muchos otros casos (DOU, *op. cit.*, VII, p. 192). Sobre la pena de confiscación de bienes véase PINO ABAD, Miguel, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Córdoba, Universidad, 1999.

⁶² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, *op. cit.*, pp. 124-126.

algunas penas al *arbitrio* del juez. Dou se pronuncia así sobre un tema conflictivo en su época y que fue la piedra angular sobre la que se vertebró la codificación penal⁶³. A este respecto, y de acuerdo con el sentir de su época, señala cómo sería ideal la inexistencia del arbitrio judicial, pero dicha premisa no deja de ser un deseo, indicando cómo la multiplicidad de las circunstancias que rodean al delito hacen conveniente la introducción de ciertas dosis de arbitrariedad a la hora de que el juez entre en la determinación de las penas, siempre cuando la ley lo indique expresamente, pero sin llegar al libre albedrío y condicionada con «voluntad gobernada por razón»⁶⁴.

«El arbitrio (...) no amplía las facultades de los jueces, sino que las estrecha, precisándoles á mucho y penoso estudio con buena dialéctica y crítica de todo el derecho natural y de las leyes patrias, examinando bien las palabras de cada ley, sy sentido, el fin, que se tuvo en publicarlas, y el motivo, con que se dio impulso, cotejando después bien todas las circunstancias de los casos, que ocurren, con los que estan literamente prevenidos en las leyes. Este es el único arbitrio que permite el derecho»⁶⁵.

Precisamente respecto del arbitrio señala Dou cómo en Cataluña casi todas las penas son arbitrarias por la dificultad existente en la graduación de la malicia de los delitos, pudiendo continuar con dicha práctica en virtud del capítulo 27 del Decreto de Nueva Planta de 176 de enero de 1716, ratificado por la Audiencia en 1741, que establece que «se impondrán las penas, y se estimarán las probanzas según las constituciones y prácticas que habia ántes en Cataluña»⁶⁶.

Puede ser precisamente esta circunstancia la que le lleva a admitir sin más el arbitrio cuando el resto de los juristas de su época se manifestaban radicalmente en contra del mismo.

⁶³ Sobre este tema véase SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M., *La codificación...*, *op. cit.*

⁶⁴ DOU, *op. cit.*, VII, p. 200.

⁶⁵ DOU, *op. cit.*, VII, p. 201.

⁶⁶ DOU, *op. cit.*, VII, p. 203.