

..ReCrim2009..

LA LUCHA CONTRA EL ARCAÍSMO PUNITIVO DE FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN

Luis Rodríguez Ennes

Catedrático de Derecho Romano – Universidad de Vigo
C. de las RR.AA. de la Historia y de Jurisprudencia y Legislación

Derecho penal del Antiguo Régimen – penas – sistema penal

El tránsito del Derecho penal del Antiguo Régimen al nacimiento del Derecho penal moderno responde a la elección entre un planteamiento ético, que valore la justicia y el respeto al hombre concreto por encima de todo, y otro planteamiento político *lato sensu*, que considere la eficacia como resultado. Pero para comprender este tránsito no basta con leer los textos jurídicos, porque muchos de ellos no se han aplicado nunca o lo han sido tan sólo de un modo parcial; hay que acudir preferentemente a las redacciones de derecho consuetudinario y, sobre todo, a los documentos de aplicación del derecho, que reflejan la realidad de la vida jurídica. Esta pretensión guía la presente contribución, con especial atención a la obra de Martín Sarmiento y otros conspicuos innovadores del siglo XVIII sin cuya apuesta decidida en *pro* del avance de las ideas abolicionistas no se habría dado cima a la magna tarea de la codificación y, con ella, al nacimiento del Derecho penal moderno.

Recibido: 08/09/09

Publicado: 15/12/09

© 2009 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *on line* en <http://www.uv.es/recrim>

- I. Situación del Derecho penal en el siglo XVIII
- II. Rechazo de la tortura y abolición de la pena de muerte
- III. Sustitución de las penas por medidas de seguridad

I. Situación del Derecho penal en el siglo XVIII

Si bien no faltan autores como HERR, que afirman que el Derecho penal español dieciochesco “se encontraba en un estado de verdadero caos”¹, lo cierto es que la situación de la justicia criminal en España a lo largo de la Edad Moderna y en particular en el siglo XVIII, no difería en mucho, y -en todo caso no era peor- que la del resto de los países europeos². El caos de la legislación era semejante. La más importante

¹ HERR, *España y la Revolución del Siglo XVIII* (Madrid, 1975), p. 51.

² FOUCAULT ha observado que, paradójicamente, Inglaterra fue uno de los países más refractarios a la desaparición de los suplicios; quizás a causa del papel de modelo que habían conferido a su justicia penal la institución del jurado, el proceso público, el respeto del *habeas corpus*; sobre todo, sin duda, porque no había querido disminuir el rigor de sus leyes penales durante las grandes revueltas sociales de 1780-1820. Durante mucho tiempo Romilly, Mackintosh y Fowell Buxton fracasaron en su propósito de que se

de las compilaciones hasta el siglo XIX la constitúan las Partidas. A ella se añadían colecciones de leyes, como la Nueva Recopilación, en las que se acumulaban pragmáticas frutos de las necesidades del momento.

El altísimo elenco de delitos era reflejo del estado de descomposición en que se encontraba la sociedad española. Aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castigan con la mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes como los delitos de magia y hechicería, que se juzgaban por tribunales especiales con el rigor más inhumano³. Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos el poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles, incluso la de muerte, que se inflingía a infracciones actualmente de gravedad nimia, entre ellas la del «tercer hurto», que persistió en casi toda Europa hasta vísperas de la Codificación. La pena capital iba acompañada de formas de agravación auténticamente espeluznantes en los delitos de estado. La historia y las crónicas locales nos ha dejado noticias de estas inhumanas torturas en los relatos horripilantes de la “*cuaresma viscontea*”, de Galeazzo Visconti II de Milán⁴; de la muerte de Juan de Cañamas, seguramente loco, ejecutado en Barcelona en 1492 por regicidio frustrado en la persona del Rey Fernando el Católico⁵; de Ravaillac muerto el 27 de mayo de 1610 por el asesinato de Enrique IV de Francia⁶; de Damiens, el 27 de marzo de 1757, por heridas leves causadas, sin ánimo homicida, al rey Luis XV⁷; del tormento y muerte de los nobles portugueses Marqués de

atenuara la multiplicidad y la gravedad de las penas previstas por la ley inglesa: “esa horrible carnicería”, decía Rossi. Su severidad (al menos en las penas previstas, ya que la aplicación era tanto más blanda cuanto que la ley parecía excesiva a los jurados) se había aumentado incluso, ya que en 1760, Blackstone enumeraba 160 delitos capitales en la legislación inglesa, y se contaban 223 en 1819 [Cfr. *Vigilar y castigar* (Madrid, 1998) p. 22]. En punto a Francia cabe constatar que la Ordenanza de 1670 había regido hasta la Revolución las formas generales de la práctica penal. He aquí la jerarquía de los castigos que prescribía: “La muerte, el tormento con reserva de pruebas, las galeras por un tiempo determinado, el látigo, la retractación pública, el destierro”. Era, pues, considerable la parte de las penas físicas. Las costumbres, la índole de los delitos, el estatuto de los condenados variaban además. “La pena de muerte natural comprende todo género de muertes: unos pueden ser condenados a ser ahorcados, otros a que se les corten la mano o la lengua o que les taladren ésta y los ahorquen a continuación; otros, por delitos más graves, a ser rotos vivos y a expirar en la rueda, tras de haberseles descoyuntado; otros, a ser descoyuntados hasta que llegue la muerte, otros a ser estrangulados y después descoyuntados, otros a ser quemados vivos, otros a ser quemados tras haber sido previamente estrangulados; otros a que les corten o se les taladre la lengua y, tras ello, a ser quemados vivos; otros a ser desmembrados por cuatro caballos, otros a que se les corte la cabeza, otros, en fin, a que se la rompan” [Cfr. SOULATGES, *Traité des crimes* I (París, 1762) pp. 169-171] quien, como de pasada, añade que existen también penas ligeras, de las que la Ordenanza no habla: satisfacción a la persona ofendida, admonición, censura, prisión por un tiempo determinado, abstención de ir a determinado lugar y, finalmente, las penas pecuniarias: multas o confiscación de bienes.

³ CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, 1953), p. 61.

⁴ Descripción pormenorizada de este infernal suplicio, en ROSSI, *Guicciardini criminalista* (Milán, 1943) p. 65.

⁵ BERNÁLDEZ, *Historia de los Reyes Católicos D. Fernando y D^a. Isabel escrita por el bachiller...*, en B. A. E. LXX (Madrid, 1953) pp. 567 y ss. Horroriza la descripción que el cronista hace de la pena que se impuso al traidor y de la ejecución de la misma.

⁶ Referencias al horrendo suplicio de Ravaillac, en RYLEY SCOTT, *The History of Capital Punishment* (Londres, 1950), pp. 156 y 157.

⁷ Fue análogo al suplicio de Ravaillac, empero se trata del caso más conocido merced a las acerbas críticas que sobre el proceso vertió Voltaire dándole ocasión para proclamar a todos los vientos de Europa las lacras del viejo sistema, tan anacrónico promediado ya el siglo XVIII. No nos resistimos a transcribir las lúcidas palabras del sabio de Ferney: “En el proceso de ese fanático de la toga –Damiens– se probó que su intención no era matar el rey, sino infligirle una ligera corrección. El desdichado había sido fámulo

Tavara, de sus hijos y de su mujer y del duque de Aveiro, comprometidos en el atentado contra el rey José I, supliciados en Lisboa en 1758, en plena ilustración pombalina⁸, y de la terrible forma de ejecución reservada en Inglaterra para los condenados por alta traición que todavía estaba en vigor en tiempos de Bentham⁹.

Por lo que hace a nuestro país, los monarcas españoles, imposibilitados por sus propios intereses para realizar cambios sustanciales en la sociedad, se limitaron a dictar leyes durísimas sin atacar directamente la causa que producía el mal. Ejemplo de ello es la pragmática dada por Felipe V el 23 de febrero de 1734 que imponía la pena de muerte para todo aquel mayor de diecisiete años a quien se probara “*haber robado a otro en la Corte o en las cinco leguas de su Rastro, ya sea entrando en las casas o acometiéndole en las calles y caminos, ya con armas o sin ellas, solo o acompañado, y aunque no se siga herida o muerte en la ejecución del delito*”; y la misma pena imponía a los cómplices, sin exceptuar a los nobles que no eran ahorcados, sino agarrotados¹⁰; si el ladrón cortesano era menor de diecisiete años y mayor de quince la pena era de doscientos azotes y diez años de galeras¹¹. También denotaba severidad extrema el decreto que Carlos III dicta en 1769 poco después de subir al trono, que imponía pena de horca por los hurtos violentos, hurtos de ganado e incendios cometidos contra los colonos de las poblaciones creadas en Sierra Morena.

A pesar de esta legislación inhumana no disminuyó el número de hurtos, “*pues ni los robados se atrevían a denunciar los ladrones, ni los testigos a declarar la verdad, consintiendo más bien en gravar sus conciencias, quebrantando el juramento, que en ver condenado a nadie a muerte por un delito que no tenían por tan grave, ni digno de semejante pena*”¹². Como ha apuntado TOMÁS Y VALIENTE¹³, tales pragmáticas al contener penas desproporcionadas, eran no sólo ineficaces, sino contraproducentes. La experiencia demostraba que ningún ciudadano se atrevía a denunciar al criado que le había hurtado algo en su propia casa, pues nadie tenía el ánimo tan duro como para condenar a muerte a quien le había quitado unas monedas o unos cubiertos de plata. Con lo cual, el ladrón doméstico o el ladrón callejero que no empleara la violencia, se sentía favorecido y casi amparado por la opinión pública. Además, dado que esta legislación confundía en orden a la pena el hurto simple y el robo, parecía invitar al ladrón a que utilizase el procedimiento que tuviera para él más garantías, ya que todos le ofrecían el riesgo de un mismo castigo; y así se le inducía a la violencia e incluso al

en el colegio de los jesuitas, colegio donde yo he visto a veces a los escolares repartir pinchazos con los cortaplumas, y a los fámulos devolvérselos. Damiens fue, pues a Versalles con esa determinación, e hirió al rey, rodeado de sus guardias y cortesanos con un cortaplumas”. (VOLTAIRE, *Memorias de su vida escritas por él mismo*, trad. esp. Manuel Azaña, Madrid-Barcelona, 1920, pp. 83-84). En punto al tormento y muerte de Damiens, *vid.* la detalladísima descripción tomada de documentos de los “Archives Nationales” de París, redactada por ANCHEL, “*Damiens Tod*”, en *Monatsschrif für Kriminalpsychologie* (1933), pp. 641 y ss.

⁸ Relación del suplicio recogida de un testigo presencial en GONZÁLEZ NANDÍN. *Estudios sobre la pena de muerte* (Madrid, 1872), pp. 72 y ss.

⁹ BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, trad. esp. (Madrid, 1980), pp. 320 y ss.

¹⁰ Nov. Recop. XII, 14, 3.

¹¹ *Ibid.* VIII, 11.7.

¹² SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, 3 (Madrid, 1785-89), p. 168.

¹³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, (Madrid, 1969) p. 360.

asesinato de la víctima para que ésta no pudiese declarar contra él¹⁴. En suma, la legislación borbónica continuó siendo anticuada, con un sistema de penas rígido y burlado en la práctica con demasiada frecuencia y, por ende, sin proporcionalidad entre pena y delitos, punto clave de toda legislación penal¹⁵.

La necesidad de reformar las leyes penales se evidenciaba a todos los que tenían relación con los asuntos jurídicos. SEMPLERE dice: “*Nuestros tribunales y el Ministerio están llenos de abogados que conocen los vicios de nuestros códigos y que desean remediarlos*¹⁶”. Y es que los sistemas punitivos que persiguen como fin único o preponderante la intimidación se desorbitan fácilmente. Ante el fracaso del castigo por el delito anterior que pone de relieve el nuevo, se cree en la insuficiencia del rigor, por lo que parece lógico aumentarlos, y así sucesivamente¹⁷. De aquí la necesidad de prolongar la escala de las penas por arriba de la muerte creando sobre la simple privación de la vida suplicios largos y dolorosos, con fuerza de intimidación para quienes tengan en desprecio su existencia¹⁸.

Contra esta lamentable situación del ordenamiento punitivo, cuya contradicción con el desarrollo cultural de la época era palmario, reaccionó una pléyade de pensadores cuyas opiniones contribuyeron poderosamente a la necesaria reforma de la legislación penal en diversos países. Sería desde luego interesante un estudio comparativo de las ideas penales de la Ilustración. No puede ser tan ambicioso el tema de este discurso en el que nos limitaremos a ahondar en el pensamiento de los autores que dejaron su impronta en el ideario punitivo sarmientano.

¹⁴ También MONTESQUIEU cuenta que “en Moscova, en donde la pena de los ladrones y de los asesinos es la misma, se asesina siempre. Los muertos, se dice, no hablan” (*De l'esprit des lois*), Lib. VI, cap. 16.

¹⁵ Análoga situación se planteaba en la Inglaterra de fines del XVIII según se infiere de las observaciones tomadas *in situ* por MIRABEAU: “La primera cosa que llama mi atención en el examen de las leyes penales inglesas es que entre las diferentes acciones que los hombres están obligados a hacer diariamente, hay ciento sesenta que un acto del Parlamento ha declarado crímenes capitales e irremisibles, es decir, que deben ser castigados con la muerte. Cuando se busca la naturaleza de los crímenes que componen este formidable catálogo, se encuentra que son sólo unas faltas que merecían apenas unos castigos corporales, mientras que omiten las maldades de naturaleza más atroz. El robo más simple cometido sin ninguna especie de violencia es tratado algunas veces como el crimen más enorme. Descarrilar una oveja o un caballo, arrancar alguna cosa de las manos de un individuo y echar a huir, robar cuarenta chelines en una casa en que se habita, o cinco en una tienda, tomar de la faltriquera de alguno el valor de doce peniques, son otros tantos crímenes que merecen la muerte, al paso que no se juzga digno de una pena capital un falso testimonio que amenaza la cabeza de un acusado, ni un atentado sobre la vida, aunque fuese la de un padre. La multa y la cárcel son la sola expiación de que se exige de aquel que ha dado de puñaladas a un hombre de manera más cruel, siempre que después de un largo padecer le quede a este desgraciado bastante vida para arrastrar aún unos días enfermizos y dolorosos. Tampoco la pena es más severa contra el incendiario, siempre que haya pasado escritura de la casa que quema, aun cuando ésta esté situada en el centro de la ciudad y por consiguiente la vida de algunos centenares de ciudadanos se exponga a perecer en las llamas” (Cfr. *Observations d'un voyageur anglais sur Bicetre*, 1788).

¹⁶ SEMPLERE Y GUARINOS, *Ensayo de una Biblioteca*, cit., p. 117.

¹⁷ ANTÓN ONECA, “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, en adelante REP 166 (1964), p. 416.

¹⁸ MUYAelegir entre un planteamiento ético, que valore la justicia y el respeto al hombre concreto por encima de todo, y otro planteamiento político *lato sensu*, que considere la eficacia como resultado óptimo deseable, al margen o en contra de consideraciones éticamente defendiblesRT DE VOUGLANS, describe, sin perdonar detalle, cinco clases de penas de muerte desde la “más rigurosa” hasta la “más favorable para el reo”: I) el descuartizamiento por tiros de caballos; II) el fuego; III) la rueda; IV) la horca; V) la degollación (Cfr. *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, París, 1780, p. 58).

La recepción del “iluminismo” penal en España tuvo, como en otros países, por vehículo la pequeña gran obra del MARQUÉS DE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*¹⁹. Este libro, de reducidas páginas y de enorme repercusión²⁰, no es un tratado de materia criminal, es ante todo una ardiente acusación contra la barbarie del Derecho penal del antiguo régimen, lanzada en el momento crítico con fortuna sin par, sintetizando ideas que estaban en el ambiente y que el autor reconoce modestamente deber en su mayor parte a los filósofos franceses. Sin mayor originalidad, VOLTAIRE insistió sobre los mismos tópicos, enriquecidos por la galas literarias y el arma, siempre poderosa de la ironía²¹. Con todo, en 1762, dos años antes de la aparición del libro de Beccaria, ve la luz el «*Contrato Social*», de J. J. ROUSSEAU, base del pensamiento beccariano²² y que por su enorme difusión²³, contribuyó a extender ideas -como las relativas al fundamento de las penas- que luego repetiría el marqués italiano.

Beccaria recoge estas críticas contra la Justicia del Antiguo Régimen y, lo que es más importante, formula un programa de reformas que ha ido imponiéndose en las legislaciones, a través de los monarcas del despotismo ilustrado. Se le ha negado la originalidad basándose en que sus ideas constituían lugar común entre los iluministas²⁴, pero ya es bastante mérito haber sabido recoger y concretar un ambiente ideológico, convirtiéndose en símbolo de una nueva época. Su pretendida ausencia de originalidad no puede erigirse en demérito si tenemos en cuenta que expone el ideario de los filósofos galos con una sencillez y sentido común que no es el menor de sus encantos. Otro es el de saber transmitir con detenimiento sus claras y firmes convicciones sobre el fin y los caracteres de la pena. Pero ninguno de los que habían escrito antes que él contra los abusos jurídicos lo había hecho de un modo tan coherente y sobre todo en una coyuntura histórico-cultural tan propicia y esto explica el sorprendente éxito de su

¹⁹ El libro sale en 1764 en Livorno. La primera edición es anónima por temor a las dificultades que pudiera proporcionarle su publicación en Milán. El éxito fue fulminante: las ediciones se sucedieron rápidamente (seis en dos años) y finalmente se conoció el nombre del autor. Los enciclopedistas franceses expresaron su entusiasmo, y en 1766 fue puesto en francés por el abate Morellet. El libro se traduce a todas las lenguas cultas (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas. Con el comentario de Voltaire*, trad. esp. de Juan Antonio de las Casas, ed. de Juan Antonio Delval, Madrid, 1990, p. 13).

²⁰ Sobre Beccaria y su obra: CANTU, *Beccaria e il diritto penale* (Florencia 1882); PESSINA, “Il diritto penale vigente in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice vigente”, en *Enciclopedia*, Vol. 11 (Milán, 1906) pp. 550 y ss; LANDRY, *Cesare Beccaria. Scritti e lettere inedita* (Milán, 1910).

²¹ Sobre Voltaire y Beccaria y sobre la actividad de Voltaire encaminada a la reforma de la legislación, puede verse: MAESTRO, *Voltaire and Beccaria as Reformers of Criminal Law* (Nueva York), 1942.

²² Para ROUSSEAU, los hombres, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, sacrificaron una parte de su libertad para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad forma la soberanía de una Nación. Pero no bastaba formar este depósito; era necesario defenderlo de las usurpaciones privadas, para evitar las cuales se necesitaban motivos sensibles. Estos motivos sensibles son las penas, porque la experiencia ha demostrado que la multitud necesita de ellos para compensar los ímpetus parciales que se oponen al bien universal. Fue la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de sus libertades, y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible. El agregado de todas estas porciones pequeñas de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho y no derecho (ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, París, 1954, *passim*).

²³ Probablemente no hubo otro autor extranjero que fuese tan bien ni tan generosamente acogido al sur de los Pirineos en la segunda mitad del siglo XVIII (Sobre el tema, *Vid.: SPELL, Rousseau in the Spanish World*, pp. 20 y ss).

²⁴ Sobre esta polémica *vid.: SPIRITO, Storia del diritto penale italiano*, 1 (Roma, 1925), p. 25; HEATH, *Eighteenth Century Penal Theory* (Oxford, 1963), pp. 109 y ss.

librito y la fama que proporcionó al autor²⁵. En decir de TOMÁS Y VALIENTE: cuando un libro tiene tanto éxito es porque dice aquello que muchos querían leer y que otros muchos temían ver escrito²⁶.

En 1774 -sólo diez años después de su aparición- el público español tenía a su disposición una traducción²⁷, cuando ya muchos ilustrados lo conocían a través de alguna de las ediciones italianas o francesas²⁸. Ha sido lugar común entre los penalistas españoles²⁹ y divulgadores de la obra del fraile benedictino, tener por precursor de Beccaria a Fr. Martín Sarmiento³⁰, abstracción hecha de la errónea datación de la obra sarmientana que sirvió de base para tamaño aserto³¹, entendemos que pretender

²⁵ DEL VAL , “Estudio introductorio”, a la ed. de Beccaria (Madrid, 1990) p. 11.

²⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 103.

²⁷ CESARE BONESANA, MARCHESE DE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido del italiano por Juan Antonio de las Casas (Madrid, 1774). Siguen las de 1820 (Madrid) y de 1821 por Juan Ribera (Madrid, Villalpando) y la de 1822 publicada en París reeditada en 1828. Otras versiones castellanas vieron la luz en 1851 y 1870. En 1930 (Madrid) se publica la traducción originaria con un estudio preliminar de Saldaña en el que se analizan las influencias de Montesquieu sobre Beccaria, de éste sobre Lardizábal, etc. En Buenos Aires, 1958, se publicó una traducción por Sentis y Ayura con prefacio y notas de Calamandrei. Más recientemente la traducción de Jordá Catalá (Barcelona, 1983), con un estudio de Venturino sobre las reacciones en Italia y Europa surgidas al socaire de la publicación y, por último, la edición a cargo de Del Val, ya citada.

²⁸ El Tratado de Beccaria era conocido en España antes de que apareciera su traducción. En 1770 es citado por Alonso de Acevedo, en *De reorum* , como apoyatura de su tesis condenatoria del tormento. Parece que igualmente Jovellanos conocía el libro antes de su aparición en castellano (Más detalles al respecto en DEL VAL, *ibid.*, p. 169).

²⁹ Vid., por todos, ANTÓN ONECA, “El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, en *REP*, 174 (1966) p. 597. En el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal I* (Buenos Aires, 1952) p. 646.

³⁰ Tal idea comenzó a difundirse cuando LÓPEZ PELÁEZ publicó un opúsculo titulado: “Un predecesor de Beccaria”, en *Revista Contemporánea* 52 (1898) p. 413 ss. Posteriormente la reafirma JERÓNIMO MONTES, *Los precursores de la ciencia penal en España* (Madrid, 1911) p. 7, en estos términos: “¿No se considera, y la motivación es justa, a Fr. Martín Sarmiento el más eficaz colaborador de Feijoo, precursor indubitable de Beccaria?”.

³¹ La datación errónea proviene de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 157-158, donde afirma: “El que pasa por haber sido el primero que impugnó la pena de muerte (...) es el milanés Beccaria, pero su libro vio la luz pública en 1764, y dos años atrás había propiciado Sarmiento la *Impugnación del escrito de los abogados de La Coruña contra los foros benedictinos*, obra en la que hace las reflexiones citadas, las cuales fueron escritas antes de que apareciese el libro del Marqués de Beccaria”. En realidad el título completo de esta obra -según el propio autor- fue el de *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos que trata de Historia Natural y de todo género de Erudición con motivo de un papel que parece se había publicado por los Abogados de La Coruña contra los Foros y Tierras que poseen en Galicia los Benedictinos*. PENSADO califica a esta gigantesta obra de “verdadera Silva de Varia Lección Crítica”, en donde se trata y critica de todo lo divino y humano, pero que en su propósito inicial responde -y se responde- a un escrito de los Abogados de A Coruña que pretendían demostrar que todo el atraso de Galicia era debido a la Orden Benedictina, dueña y señora de la mitad del reino. Sarmiento comienza defendiendo a su orden y tratando de demostrar la falsedad del escrito de los abogados coruñeses (Cfr. *Fray Martín Sarmiento, testigo de su siglo*, cit., p. 34). Por lo que hace a la datación, en el prólogo al Vol. VIII de la *Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos*, fol. 3, recto dice: En los números 3.526, 3.797, 3.849 y 4.421 señala “escribí esta Obra en el año 1764 y al nº 3582 manifiesta lo que en otras partes della tiene ya dicho de haberse ido empeñando en su composición sin designio formado y que por eso tendrá algunas repeticiones, aunque nunca contradicción” (Col. Dávila, Biblioteca Nacional, ms. 20.392). El texto sarmientano es, pues, posterior al de Beccaria [Cfr., para ésto último, RODRÍGUEZ ENNES-PILAR ALLEGUE, “Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento”, en *Anuario de Derecho Penal* en lo sucesivo *ADP* 45 (1992) p. 857, nt. 12].

combatir lo que RODRÍGUEZ MOLINERO³² llama “el mito de Beccaria” para sustituirlo por otro mito no lleva a ninguna parte³³. Es sabido que Beccaria no creó la Ciencia del Derecho penal, entre otras razones porque ya existía desde tiempo atrás y, por lo demás, no se lo propuso. Beccaria no fue un científico-penalista, sino un reformista ilustrado. Sarmiento tampoco fue un penalista en el sentido actual del término, sino un polígrafo preocupado de servir a la Monarquía³⁴.

El Consejo de Castilla no estaba seguro de la acogida que obtendría la obra y mandó poner un aviso en la portada advirtiendo que se había permitido la publicación «sólo para la ilustración pública sin perjuicio de las leyes del Reino». El prólogo del traductor hacía la misma observación e iba seguido de una protesta: si el libro se oponía en algo al sentir de la Iglesia o a las regalías del rey «desde luego con toda sumisión y respeto lo detestamos».

Sin embargo, tanto las protestas del traductor como su intento de presentar la obra en sus aspectos menos peligrosos y más tolerables para la clase dominante, sirvieron de bien poco. El libro objeto de durísimos ataques por el estamento clerical fue prohibido por edicto de la Inquisición de 20 de junio de 1777 para toda clase de lectores. Empero, pese a la condena inquisitorial que pesaba sobre él, no fue prohibido por el poder civil y continuó circulando. El indicio es inequívoco. Se tolera que circulen unas ideas que muchos califican de nefastas y peligrosas; pero se deja a salvo la continuidad e inamovilidad del sistema legal vigente. Así se actuó, ya que el ansiado Código Penal no vio la luz hasta pasado medio siglo.

Y es que en España, salvo el pequeño círculo de ilustrados, la tradición mantenía su imperio. Se esforzaron mucho los pensadores iluministas de la segunda mitad del siglo XVIII en España; empero, la resistencia de los juristas y de los intelectuales tradicionalistas fue superior a sus anhelos y trabajos en muchas ocasiones y en terrenos tan fundamentales como el que acabarnos de ver³⁵. La Inquisición era consciente de su incapacidad para impedir que los libros prohibidos se continuaran leyendo; con todo, varios escritores se arrogaron la tarea de refutar los errores que contenían, unas veces recurriendo a la traducción de apologistas católicos franceses³⁶, otras poniendo a prueba

³² RODRÍGUEZ MOLINERO, *Origen español de la Ciencia del Derecho Penal* (Madrid, 1959) p. 15.

³³ Una visión crítica de esta pretendida anticipación sarmientana del pensamiento de Beccaria se encuentra en GONZÁLEZ GUITIÁN, “¿Un predecesor de Beccaria?”, en *Estudios Penales y Criminológicos* 1 (Santiago, 1988) p. 60 ss. En su opinión, según la cronología expuesta en la nt. 96, en el momento en que Sarmiento escribe sus líneas abolicionistas, no conocía la obra de Beccaria. Si a esto le añadimos la honda diferencia de pensamiento entre uno y otro, hay que terminar negando el influjo directo de Beccaria sobre Sarmiento. El texto de éste -concluye- está redactado con independencia del libro del célebre autor italiano (Cfr. *Ibid.*, p. 73-74).

³⁴ RODRÍGUEZ ENNES, “A orixinalidade do pensamento xurídico-penal de Fr. Martín Sarmiento”, en *AS*, I, p. 307.

³⁵ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 109.

³⁶ En 1765 el *Mercurio histórico y político de Madrid*, publicó una traducción de la obra que escribió OMER JOLY DE FLEURY, refutando las ideas de Rousseau, particularmente su *Emilio*, por «sus principios impíos y abominables contra la religión católica y contra J.C., su autor» (Cit. por SPELL, p. 43). Entre 1769 y 1771 uno de los predicadores del rey, el P. RODRÍGUEZ MORZO, tradujo dos impugnaciones dirigidas a Voltaire, al que consideraba -junto a Rousseau- «enemigos *in primo capite* de la Sociedad, del Alma, de Dios y de la Religión» (Cfr. HERR, *España y la Revolución del siglo XVIII*, pp. 176-77).

sus facultades personales para combatir a los “philosophes”³⁷. Sería fácil mostrar más ejemplos de esta reacción contraria al reformismo en cuestiones penales, pero creemos que lo expuesto basta para mostrar que los enemigos de las “luces” recurrián a los textos franceses en procura de pertrechos con la misma falta de reparos que los partidarios de ellas.

Todos los apologistas españoles estaban de acuerdo en que los nuevos filósofos eran peligrosos para el trono y el altar y aunque no se encuentran indicios de que existiesen en España personas que atacasen el altar o el trono, lo cierto es que la cerrazón tradicionalista amontonó los obstáculos doctrinales y, sobre todo, administrativos para paralizar una codificación penal cuyo progresismo no podía ser muy radical. El ansiado triunfo de la razón tardó en producirse entre nosotros. Las reformas punitivas más importantes sólo serán implantadas en las Cortes gaditanas; la Inquisición sufrirá durante el primer tercio del siglo XIX las alternativas derivadas de los avatares políticos y el primer Código Penal de 1822, elaborado durante el trienio liberal sólo vivirá efímeramente, pues fue derogado justamente al día siguiente de su promulgación, con el inicio de la última década absolutista de Fernando VII.

II. Rechazo de la tortura y abolición de la pena de muerte

Donde la crítica de los ilustrados se manifestó con intensidad y amplitud mayores, fue en el sector penalista, en paralelo con el cambio de visión de las relaciones entre poder político y súbditos. Los ilustrados, partiendo de supuestos utilitaristas y humanitarios, elaboraron una concepción nueva de la pena que, rechazando la crueldad de los sistemas vigentes, apostaba por la certeza y la proporción justas como los medios disuasorios más idóneos para apartar del delito y atribuía a la sanción la función de enmendar al culpable, además de hacerte expiar su error. De este modo adquirió un gran relieve el debate sobre la abolición de algunas penas, como las infamantes y la capital que parecían a muchos contraproducentes en relación con una consideración omnímoda de la utilidad general. La visión que primaba el aspecto de la prevención sobre la represión quedaba también reforzada -a veces- por la propuesta de medidas de carácter social que disminuyeran la tendencia a delinuir mediante el mejoramiento de las condiciones económicas y culturales de la población³⁸.

También se ha evitado buscar sólo en la ley o en las teorías surgidas de los hombres la explicación de los cambios que se producen en éste. La ley se utilizaba como “signo y testigo”, es decir, como el elemento exterior de cambios producidos en otra parte³⁹. “Porque es fuera del derecho -escribe PIERRE VILAR⁴⁰- donde aparecen las fuerzas que exigen los cambios jurídicos. Y no hay estudio en sincronía, no hay investigación de una estructura que pueda aislar de un pasado ni de un futuro

³⁷ El más importante fue el fraile jerónimo FERNANDO DE ZEVALLOS, autor de *La falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas de crimen de Estado contra los soberanos y sus regalías, contra los magistrados y potestades legítimas* (Madrid, 1775-76, 6 tomos). Es un embrollo de argumentos repetidos a menudo con apariencias distintas donde con estilo farragoso se acusaba de sediciosos y libertinos a casi todos los filósofos.

³⁸ *Diccionario histórico de la Ilustración* (Ferrere y Roche eds.) (Madrid, 1998) p. 128.

³⁹ TRINIDAD FERNÁNDEZ, *La reforma de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España* (siglos XVIII-XIX) (Madrid, 1991) p. 12.

⁴⁰ PIERRE VILAR, *Economía, Derecho, Historia* (Barcelona, 1983) p. 125.

tampoco. Las leyes son las culminaciones de los procesos y lugares de encuentro que marcan los límites del poder y de los deseos del individuo pero, a la vez, para conocer su funcionamiento real hay que ir a las zonas terminadas, es decir, allí donde está operando, en los tribunales, en las cárceles". Los escritores que hasta ahora han trazado un cuadro de conjunto de la historia de nuestro Derecho penal lo han hecho casi exclusivamente sobre la base de textos de carácter legal (códigos, etc.) sin darse cuenta de que muchos de ellos no se han aplicado nunca o lo han sido de un modo parcial tan solo. Hay que acudir preferentemente a las redacciones de derecho consuetudinario y, sobre todo, a los documentos de aplicación del derecho, que reflejan la realidad de la vida jurídica; cuando estos faltan, es imposible reconstruir el Derecho penal del correspondiente período⁴¹.

Todo el aparato de la justicia penal está encaminado a hacer lo más eficaz posible la labor de los jueces. El proceso judicial, con la tortura como herramienta indagatoria, la indefinición de las leyes, la falta de garantías procesales, el amplio arbitrio dejado en manos de los jueces para imponer las penas, el hecho de que estos participaran en las penas pecuniarias, la ausencia de considerandos que justificaran las sentencias, perseguían favorecer las acciones de la justicia y aumentar su celo en la persecución de los infractores de las leyes⁴². Pero, por la estructura de privilegios de la sociedad estamental, la justicia real tiene en la nobleza y la Iglesia un límite para sus acciones. Ambos estamentos conservan un alto grado de autonomía, tienen fueros particulares y un amplio margen para las actuaciones ilegales. Las desigualdades y distancias que existen entre los grupos sociales son las mismas que se mantienen entre las leyes y su aplicación. La penalidad de las monarquías absolutas encuentra su explicación en la forma de ejercicio del poder, que es fundamentalmente intimidatorio; en las propias limitaciones y en el escaso valor de la vida de los hombres. A falta de una vigilancia sobre la población, cada manifestación del poder real tenía que multiplicarse al máximo. Las penas que se imponían al que desobedecía las leyes reales seguía la misma lógica que todos los actos del monarca: se trataba de que tuvieran la mayor resonancia posible. Para ello las ceremonias se convertían en ceremonias espectaculares. En conjunto, el cuadro punitivo de las monarquías absolutas, se caracterizaba por la dureza con que se castigaba con la mayoría de las penas. Se castigaba con la privación de los bienes valorados por todos que eran, fundamentalmente, el propio cuerpo, las posesiones materiales y la fama.

Aunque las características de la legislación penal española no difieren esencialmente de las extranjeras⁴³, nuestra justicia criminal fue menos cruel. CERDÁN DE TALLADA aseguraba en el siglo XVI la moderación de la de Castilla en comparación con la francesa⁴⁴. No aparece en nuestro ordenamiento punitivo el suplicio

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., I, p. 698.

⁴² *Vid.*, al respecto: DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales* (Madrid, 1915), SALILLAS, *Evolución penitenciaria de España* (Madrid, 1916); sobre este último autor, cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas* (Santiago, 1976). Más modernamente FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, cit., *passim*.

⁴³ GARÇON habla de un derecho penal común a los estados europeos durante la Edad Moderna que en sus rasgos generales se encuentra en la antigüedad pagana (Cfr. *Droit pénal*, París, 1922, p. 59).

⁴⁴ CERDÁN DE TALLADA, *Verdadero Gobierno de esta Monarquía tomando por su propio sujeto la conservación de la paz* (1581), fol. 70. PEÑA, en el comentario a la obra de Eymerich, se inclina por los instrumentos tradicionales españoles frente a los tormentos nuevos que se idean en el extranjero, ya que

de la rueda, generalizado por casi toda Europa. Sin ir más lejos, el reglamento pombalino portugués de 1774 admite la tortura para casos de herejía y dogmatismo⁴⁵. Aun cuando Lardizábal escribía a fines del XVI que la muerte por el fuego o las saetas había dejado de emplearse e nuestra patria, mientras la rueda, el descuartizamiento de seres vivos y el aceite hirviendo eran utilizadas todavía en algunas naciones cultas, es indudable que, por aquellos tiempos, la denominada «cuestión del tormento» seguía todavía siendo objeto de acendrada polémica. En efecto, cuando el siglo agotaba sus últimas décadas, un canónigo de Sevilla, Pedro de Castro, defendía el empleo de la tortura en una enérgica diatriba titulada: *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron e impugnación del tratado que escribió contra ella el Dr D. Alonso María de Acevedo*⁴⁶. El ya citado P. ZEVALLOS alababa la utilidad y justicia de la tortura, aunque con tímidas concesiones a sus detractores⁴⁷. Conviene recordar por último, que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se manifestaba en 1778 favorable al uso del tormento como institución procesal penal estimándola justa, útil y “necesaria”⁴⁸.

Si esto acaecía en los años finiseculares, ¿cuál sería la situación en la primera mitad del XVIII? La dureza de la legislación era manifiesta para lo que hoy no pasan de ser delitos fútiles o, incluso, en algunos casos, meras infracciones morales sin trascendencia punitiva: A los bígamos, además de la confiscación de sus bienes⁴⁹, se les marcaba en la frente una Q con un hierro al rojo⁵⁰; para la blasfemia, las Partidas establecieron un sistema que iba desde el embargo de bienes a los nobles y burgueses hasta una diversidad de penas impuestas a los hombres viles -azotes, marca, mutilación⁵¹- . El derecho de las Recopilaciones generalizó las penas de confiscación, destierro, azotes y mutilación⁵².

eso es más propio de *carnificium et crudelium quam consulorum et theologorum* (Cfr. EYMERICH, *Directorium inquisitorium cum commentariis Francisci Pegnae*, Roma, 1587, p. 594).

⁴⁵ Para justificar su empleo contra quien haya «difundido o diseminado sus perniciosas sectas», alega que «las reglas del más gran bien común de todos los estados...la conservación de la religión pura y librada de sectas, crímenes y herejías que amenaza y arruinan sus finísimos fundamentos... se hacen superiores a cualquiera consideración particular en favor de los atormentados... »; siguen instrucciones muy detalladas de con aplicar la tortura, determinando el número de testigos, cuándo debe ser repetida y demás disposiciones (*Vid.*, al respecto, JOBÍM, “La inquisición portuguesa y la Ilustración: I Proyecto de reforma de Melo Freire”, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición Español* ed. J.A. Escudero, Madrid, 1989, p. 792, nt. 23).

⁴⁶ Publicado en Madrid en 1778. Sobre la denominada «cuestión del tormento», *vid.:MARTÍNEZ DÍEZ*, “La tortura judicial en la legislación histórica española”, en AHDE 32 (1962), pp. 292-293; TOMÁS Y VALIENTE, “La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España”, en *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho*, 1963-1964 = La tortura en España ² (Madrid, 1994) p. 93 ss. Citamos por este último libro.

⁴⁷ El P. ZEVALLOS reputa útil el tormento, porque sirve para purgar la infamia de los torturados que son hombres llenos de pecados y vicios; sin embargo, rechaza la tortura aplicada no al presunto culpable, sino a otros para que digan lo que sepan sobre el verdadero delincuente, pues, razona él, «no es delito conocer al reo de un delito» [*La falsa filosofía*, cit., V (1775), pp. 367-380].

⁴⁸ MARTINEZ DIEZ, *La tortura judicial*, cit., pp. 292-293.

⁴⁹ Part. 7, 17, 6.

⁵⁰ Nov. Recop. 12, 28, 8 y 9.

⁵¹ Part 7, 28, 2 a 5.

⁵² Ordenanzas Reales de Castilla 8, 9, 2.

La tortura tenía una importancia desmedida como medio de conocimiento de la existencia de culpabilidad, constituía un instrumento coercitivo cuyo fin era obtener la confesión del reo. Todo el andamiaje está entramado en orden a la consecución de la prueba perfecta: la confesión del acusado. Pues, en efecto, si ésta no se produce espontáneamente, la existencia de indicios contra un sospechoso permitía al juez someterlo a tortura *ad eruendam veritatem*; habida cuenta de que sólo se consideraba desvelada la verdad cuando el atormentado confessaba su culpabilidad en el acto del tormento y ratificaba su confesión después de la tortura, pero no si el torturado sostenía, antes durante y después del tormento, su inocencia. Por otra parte, la existencia de privilegios personales propios de una sociedad estamental, así, como las amplias facultades otorgadas al juez a la hora de interpretar los indicios de culpabilidad, determinaban tanto la existencia de discriminaciones en función del rango social del acusado, como la escasa o nula virtualidad práctica que cabía conceder a las normas - especialmente las contenidas en las Partidas- que exigían en todo caso la presencia de presunciones o indicios «ciertos» para que el tormento pudiera ser aplicado. La exigencia de sospechas o indicios suficientes, por un lado, y la importancia concedida al arbitrio judicial, por otro, no constituyan sino contraposiciones insalvables⁵³.

Contra la tortura se había escrito bastante desde S. Agustín y Luis Vives⁵⁴, pero es el P. FEIJOO quien, por vez primera, utiliza argumentos de utilidad para poner en duda su eficacia, ya que -advierte- hay personas tan débiles que, al primer tormento, confiesan lo que se les pide aunque sea falso y otras tan pertinaces que siguen negando la verdad aunque se le apliquen los más duros tormentos⁵⁵. Con razón y oportunidad observa D. Vicente de la Fuente que el mérito de Feijoo estriba en que publica su «Paradoja» sobre la tortura en 1734, anticipándose así en varios lustros a la polémica que entre los juristas españoles desencadenó la ya comentada «cuestión del tormento»⁵⁶. Empero, el pensamiento del Padre Maestro dista mucho de ser paladinamente claro al respecto⁵⁷ y, sobre todo, se muestra muy lejano del de su discípulo y amigo Fray Martín Sarmiento.

⁵³ TOMÁS Y VALIENTF, *La última etapa*, cit., pp. 107 y ss.

⁵⁴ *Vid.*, al respecto, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., p. 599.

⁵⁵ Ya la décima de las *Paradojas políticas y morales* de Feijoo rezaba así: *La tortura es medio falible en la inquisición de los delitos* y en ella, entre otras cosas, se señalaba: «Es innegable que el no confesar en el tormento, depende del valor para tolerarlo. Y pregunto, ¿el valor para tolerarlo depende de la inocencia del que está puesto en la tortura? Es claro que no, sino de la valentía del espíritu y robustez de ánimo que tiene. Luego la tortura no puede servir para averiguar la culpa o inocencia del que la está padeciendo» (...) «Parece, pues, que igualmente peligran en la tortura los inocentes que los culpables. ¡Terrible inconveniencia! Lo peor es que no es el peligro igual, sino de parte de los inocentes mayor. Diránme que ésta es una nueva paradoja. Confíésolo, pero si no me engaño, verdaderísima» (Cfr. *Obras escogidas de Feijoo*, en B.A.E. T. LVI, pp. 289 y ss).

⁵⁶ MARTINEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijoo* (Orense 1973), página 68. Para MARAVALL constituye «uno de los timbres de gloria de Feijoo». (Cfr. *Estudios de historia del pensamiento español. Siglo XVIII*, Madrid, 1991, p. 201).

⁵⁷ En la *Balanza de Astrea o recta administración de Justicia* declara no horrorizarle que a los testigos falsos les corten en la India los pies y manos, y en Berna un magistrado les hiciera hervir en aceite (*loc. cit.* en nt. 120, p. 264). Al respecto nos indica CONCEPCIÓN AMOR: «En una época en que el tormento como procedimiento judicial era cosa habitual corrientísima desde muchos siglos antes, era también bastante natural que no se sintiera con la intensidad que se siente hoy lo ofensivo y vejatorio que resulta a la dignidad humana. Por eso, Feijoo no tiene ni una sola palabra condenatoria del tormento en este sentido humano-social, sino que solamente lo encuentra absurdo porque resulta contraproducente para lograr el fin que persigue [Cfr. *Ideas pedagógicas del Padre Feijoo* (Madrid, 1950) p. 289]. SILVA MELERO es

En efecto, la protesta de Sarmiento sobre la aplicación de la tortura judicial es mucho más airada y, podríamos decir, atrevida que las formuladas por su ilustre coetáneo. La tortura como medio de provocar la confesión era pieza esencial del proceso inquisitivo; por eso entendemos que todas las críticas que se hicieron de ella carecieron de coherencia y de fundamentación suficiente, ya que iban dirigidas únicamente contra ella y no contra el sistema procesal penal en su conjunto⁵⁸. El acierto de Sarmiento consistió en plantear la crítica general de todo el sistema procesal inquisitivo y penal de su época. No presenta claro está, un tratado construido sistemáticamente; no obstante, en su pensamiento hay unos principios nucleares que conviene sintetizar: los modos de averiguar los hechos mediante tormento “son y serán siempre falsos, falaces y fallidos”⁵⁹; deben rechazarse los juramentos como elemento probatorio⁶⁰; en consecuencia, prefiere la prueba testifical⁶¹. Por la aplicación de la tortura peligran más los inocentes, a quienes sorprende su hábito de soportar el dolor, que los culpables, frecuentemente endurecidos por aquél; a mayor abundamiento, si se le aplica a un inocente, sus consecuencias pueden ser irreversibles e irreparables⁶².

todavía más crítico del pensamiento feijoniano sobre esta cuestión: “Sin embargo, el P. Feijoo, cuando trata de temas penales, ni se adelantó a la época, ni captó el ambiente que presagiaba tempestad y casi puede afirmarse que, en la ruta de la humanización penal, quedó rezagado en relación a más de uno de sus antecesores españoles e, incluso, de algún contemporáneo como el P. Sarmiento, su sombra, como dice el Dr. Marañón. Esto, naturalmente, no quiere decir que el P. Maestro no sintiera el problema penal ni menos que su espíritu iluminado por la caridad no vibrara ante el espectáculo de un sistema transido de残酷. Sin embargo, ya habían surgido en España antes que Feijoo apareciese protestas contra el tormento y se había propuesto la humanización de las prisiones, tendencia nacida de la piedad cristiana, en el pensamiento de Cristóbal de Chaves, Bernardino de Sandoval y Cerdán de Tallada” [Cfr. “La faceta criminal en el pensamiento del P. Feijoo”, en *ADP* 9 (1956) p. 35]. Abunda en consideraciones parejas, CONCEPCIÓN ARENAL cuando sostiene que Feijoo tenía hambre y sed de justicia pero que, en cambio, no tenía de la justicia en materia criminal una noción exacta, y que en esto, lejos de adelantarse a su época, le paga desdichado tributo, incorporándose a ella. Y agrega la señora ARENAL, “no por ignorancia del asunto, pues no era extraño al estudio penal, sino por sus exageradas ideas de la perversión de la naturaleza humana, y a pesar de ser compasivo y caritativo, como lo acredita su vida, se nos presenta duro cuando se trata de penar a la delincuencia” [Cfr. *Juicio crítico sobre las obras de Feijoo*].

⁵⁸ Vid., en el mismo sentido TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 173.

⁵⁹ SARMIENTO, *Obra de Seiscientos Sesenta pliegos*, Col. Dávila, fol. 270 r. A continuación pormenoriza sobre las modalidades del tormento utilizadas en su época e estos términos: «El de Duelo y Desafío es notoriamente bárbaro sobre falaz, pues se confunde la mayor fuerza, y Destreza, con la verdad, y la Razón; y con razón está prohibido. Esto es entre Particulares, pero entre Príncipes independientes, es el más usado. Entre esos son Papeles mojados las Leyes; y como dixo vero; entre ellos sus Canones, son sus Cañones. Y si no median otros Reyes como Arbitros, que los Amisten gana el Pleyto el que tiene más fuerza; no el que tiene más Derecho» (fol. 270 v.). «Las Pruebas por agua o Hierro, además de ser falsas, como la del Duelo; y aver mil modos de tergiversarlos eran supersticiosas, y tentativas de la Omnipotencia divina, para que hiciese milagros» (fol. 271 r.).

⁶⁰ A propósito del juramento distingue entre medio de prueba y elemento de prueba; no tiene inconveniente en admitirlo como lo primero, pero se muestra relucante a que actúe como pieza de convicción en la formación de la opinión del juzgador porque hay muchos “mentirosos” (fol. 271 r.).

⁶¹ *Ibid.* Con todo, en fol. 267 v. califica de poco fiable a la prueba testifical: “No hay cosa más fácil, que el hacer, una *Información falsa*, cuando el interesado es poderoso en reiqueza, espada y en Vana alzada. Con tres o quattro quartillos de vino, o con algún tabaco está compuesto todo. Y lo peor es que, a veces, unos mismos testigos juran en dos informaciones encontradas. Así pide la Crítica que las deposiciones de Rústicos, en función de Sujetos Poderosos, se miren como sospechosos”.

⁶² “El tormento es el medio más falaz, y dicen que el rey de Prusia le prohibió. Lo peor es que si después del tormento, se da por inocente, y este muere, o queda inútil para toda su vida; no he leído ley que

Como medio que se debe seguir para indagar la verdad de los hechos, Sarmiento -que como él mismo se preocupa en señalar no habla como jurisperito⁶³- rechaza la intimidación y postula por la prevención que se manifiesta en la represión de la avaricia y de la ociosidad⁶⁴, todo ello merced a la aplicación de un aparato legislativo útil, claro, sencillo y preciso⁶⁵.

Con razón arguye Tomás y Valiente que en el fondo, entonces como ahora, se trata del mismo problema siempre: elegir entre un planteamiento ético, que valore la justicia y el respeto al hombre concreto por encima de todo, y otro planteamiento político *lato sensu*, que considere la eficacia como resultado óptimo deseable, al margen o en contra de consideraciones éticamente defendibles⁶⁶. La tortura era y es eficaz en cuanto que con ella se logran a veces confesiones que sin su empleo no se pronunciarían. La tortura era y es injusta porque implica la fría y gratuita decisión de provocar sufrimientos a un ser humano; porque puede dar lugar a autoacusaciones o a delaciones falsas, y, por tantas otras razones, éticamente incontrovertibles. El sistema procesal-penal y el rey -legislador de entonces- optaron por la violencia eficaz; hoy, otros que no son jueces, juristas ni legisladores realizan también lamentablemente la misma elección. Unos y otros antepónian y anteponen lo político, lo eficaz, a lo ético-jurídico.

castigue esa injusticia; y remedie esos daños» (folio 272 r.). JOVELLANOS, en su obra teatral *El delincuente honrado*, de 1773 –dedicada a poner de relieve lo injusto de la ley vigente entonces contra los duelistas, y en la que se critica el arcaico modo de proceder de muchos magistrados–, se refiere incidentalmente a la tortura con estas palabras: “La tortura ¡Oh nombre odioso! ¡Nombre funesto! ¿Es imposible que en un siglo en que se respeta la humanidad y en que la filosofía derrama su luz por todas partes, se escuchen aún entre nosotros los gritos de la inocencia oprimida?” (Acto II, XIV, BAE 46, p. 29 b). No fue esta la única ocasión en que el ilustre asturiano se preocupó por el tema del tormento. Sabemos que, también durante su estancia en Sevilla –desde 1768 a 1778– como alcalde del crimen de su Audiencia redactó, al menos, tres informes de carácter procesal: un “Informe sobre el interrogatorio de los reos” y un tercer “Informe sobre la reforma de las cárceles”. A los tres se refiere nuestro paisano SOMOZA DE MONSORIÚ, dándolos por perdidos [Cfr. *Inventario de un jovellanista*, p. 226-227]. Es muy probable que tanto Sarmiento como Jovellanos conociesen la obra de FERRIÉRE, *Dictionnaire de pratique*, II (París, 1740) en cuya página 612 se lee: “El tormento es un medio peligroso para llegar al conocimiento de la verdad; por eso los jueces no deben recurrir a él sin reflexionar. Nada más equívoco. Hay culpables con la firmeza suficiente para ocultar un crimen verdadero..., otros, inocentes, a quienes la intensidad de los tormentos hace confesar crímenes de los que no son culpables”.

⁶³ A la pregunta: “¿Qué medio se debe seguir para averiguar la verdad de un hecho”. Responde: “A mí no me toca el sellarle, ni soy de dictamen, que eso se encargue a juristas» (*Ibid.*).

⁶⁴ “Dicese que los *testamentos de Abogados*, son una sentina de *Pleytos*. Los que han de entender en eso, deben atender a que la mejor medicina es la *preservativa*. Es imposible quitar los Delinquentes del Mundo aunque lluevan *Leyes y Penas*. La raíz de todos los *Males* y de los más de los *Malos*, es la *Avaricia*. Y la madre de todos los *Vicios* es la *hociosidad*. Como se espolee bien ésta, con Penas gravísimas, y se *refrene aquélla* con tasas prudenciales para todo está remediado mucho” (*Ibid.*).

⁶⁵ “Los *Castellanos Antiguos* tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta *infinidad de Hombres de Pluma*, ni avía tantos *Pleytos*” (*Ibid.*). En línea con Montesquieu, Sarmiento define a la ley: “conforme Régla; norma justa equi, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue *in bonum*, que retraija del mal moral; constante, perpetua e inalterable” (fols. 225 r., 226 r.). También hace profesión de fe del pensamiento ciceroniano de que *Simplicitas legum amica*: Un letrado no tiene que servir para la inteligencia de la ley “pues si como es ley y justicia, que esa ley está en *vulgar*, clarísima, y que pueden entender *todos*, qualquiera la entenderá. Esto se palpa en los *Bandos*, cuyo contexto después de Pregonado, se fixa en las esquinas. Y sería necedad consultar abogados para entenderle. Y que son *leyes*, sino unos *Bandos de larga duración*” (folio. 266 v.).

⁶⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, página 175.

Para Sarmiento, la realidad social que él presencia está llena de leyes injustas, sanguinarias y esotéricas. Su pretensión es abrir los ojos a sus conciudadanos ignorantes y combatir en pro de la necesaria reforma de aquéllas. El modo de combate por él elegido no es el estudio minucioso y técnico-jurídico de los delitos, sus formas y las penas contra cada uno de ellos; él se limita a mostrar los principios generales, las faltas más importantes y los errores más funestos del ordenamiento penal vigente.

El problema de la pena de muerte es el que dio lugar a más controversias y el que, sobre todo desde el siglo de las luces, dividió más las opiniones⁶⁷. Seguramente ningún medio penal ha sido más ardientemente combatido ni, por otra parte, defendido con la más firme convicción, ni más universalmente aplicado. Como ha señalado ROSSI: “La historia nos enseña que el uso de la pena de muerte ha sido universal; se la encuentra establecida en todas las épocas y en todos los pueblos”⁶⁸.

Las ideas abolicionistas no encontraron eco hasta el siglo XVIII. Se inicia en tonos moderados, no se pide su abolición total, sus aspiraciones son más limitadas; se pretende, tan sólo, restringir su campo de aplicación y la supresión de las espantosas torturas que comúnmente acompañaban a la muerte. MONTESQUIEU, que pasa por ser uno de sus primeros precursores, consideraba lícita la última pena: “el hombre la merece, escribía, cuando ha violado la seguridad privando o intentando privar a otro de la vida, y es un remedio para la sociedad enferma”⁶⁹. Tampoco Rousseau fue adversario de esta pena; inspirado en un sentido preventivista opinaba que la sociedad tiene el derecho de matar si no existe otro medio de impedir que se causen nuevas víctimas⁷⁰. Uno de los espíritus señeros de la época, Goethe, no la impugnó ni en sus días de estudiante, ni después como hombre de estado; por el contrario, se manifestó en pro de su mantenimiento⁷¹. Lardizábal, sin duda el más conspicuo representante del

⁶⁷ CUELLO CALÓN hace referencia a los tiempos pretéritos de la Ilustración en estos términos: «En los pasados siglos, los problemas de su legitimidad y conveniencia, objeto de viva controversia en la época moderna, no inquietaban a los criminalistas, a los gobiernos ni a la opinión pública; nadie ponía en duda su utilidad ni justicia. En aquellos remotos días, sostener su posible abolición se hubiese recibido, al menos, como una extravagancia peligrosa» (Cfr. *La moderna penología*, Barcelona, 1958, página 113).

⁶⁸ ROSSI, *Derecho Penal*³, trad. esp. (Madrid, 1883), p. 489.

⁶⁹ La agresividad del individuo que se ha asociado a los otros es lo que explica la conveniencia de la pena, pero no la legítima. ¿Qué es lo que hace justo ese posible castigo que puede volverse contra cualquier miembro de la colectividad? Sencillamente que le ha estado protegiendo hasta el mismo instante en que se le ejecuta. Por si cupiese alguna duda, MONTESQUIEU lo ejemplifica en un caso bien extremo: “Lo que hace lícita la muerte de un criminal es que la ley que lo castiga se ha hecho a favor suyo. Un asesino, por ejemplo, ha disfrutado de la ley que ahora le condena, pues le ha conservado la vida a cada instante, y por eso no puede reclamar contra ella” [Cfr. *Del espíritu de las leyes*, trad. esp. (Madrid, 1972) (reimp. 1980) p. 53-54]. Sobre el tema, vid. GRAVEN, “Les conceptions pénales et l’actualité de Montesquieu”, en *Rev. de Droit Pénal et de Criminologie* (Bruselas, 1949), p. 161 y ss.

⁷⁰ ROUSSEAU muestra una preocupación mucho menor en el momento de escribir sobre el castigo: la pena sirve para colocar a cada miembro de la colectividad en su parcela de libertades, evitando que se apropie de la de los otros: “Era preciso que los castigos se volvieran más severos a medida que las ocasiones de ofender se hacían más frecuentes y tocaba al terror a las venganzas ocupar el lugar del freno de las leyes” [Cfr. *Del contrato social. Discursos*, trad. esp. (Madrid, 1980) p. 256-257].

⁷¹ Goethe, en 1771, siendo estudiante en Estrasburgo, sostuvo su tesis doctoral: *Poenae capitales non abrogandae*. Vid., en este sentido, SCHMIDT, “Goethe und das Problem des Todesstrafe”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (1948), pp. 444 y siguientes.

iluminismo español en el ámbito jurídico-penal⁷², se mostró favorable a la punición capital⁷³, dirigiendo incluso acerbas críticas a los abolicionistas⁷⁴. Incluso BECCARIA, que pasa por ser uno de los iniciadores de la campaña contemporánea contra la pena de muerte, admite dos motivos “que hacen necesaria la muerte de un ciudadano”⁷⁵. El propio FEIJOO, si bien no puede decirse que fuese su defensor a ultranza, propugnaba su mantenimiento. Veamos sobre este punto el pensamiento del sabio de Casdemiro:

“Dirásme acaso que esos daños no se remedian con que ese hombre muera, y así su muerte no hace más que añadir esta nueva tragedia a las otras. No se remedian esos daños; pero se precavan otros infinitos del mismo jaez. Los delitos perdonados son contagiosos; la impunidad de un delincuente inspira a otros osadía para serlo; y al contrario, su castigo, difundiendo una aprensión pavorosa en todos los mal intencionados, ataja mil infortunios. Ya que no puedes, pues, estorbar la desdicha de aquellos inocentes en quienes ya está hecho el daño, precave la de otros innumerables”⁷⁶.

A la vista de lo expuesto, no podemos mostrarnos concordes con Martínez-Risco, cuando afirma que “*los textos en que apoya -la pena de muerte- afloran serias dudas que pudieran interpretarse como vacilaciones o, al menos, debilidad en su actitud al respecto*”⁷⁷ concluyendo que “*los conceptos que emite al final de esa Paradoja Tercera dan paso a la creencia de que en el fondo de esa duda latía una idea*

⁷² Así lo califica ANTÓN ONECA, “El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal”, en *REP* 174 (1966), pp. 607 y ss.

⁷³ Con todo, precisa algunas cautelas: “se debe usar de mucha circunspección y prudencia en imponer la pena capital, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solos aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria. La pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que es necesario cortar un miembro, para conservar el cuerpo» (Cfr. LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, 11, 4).

⁷⁴ Movidos acaso de esto -se refiere a los abusos cometidos en la aplicación de la pena de muerte- algunos autores modernos, han dado en el extremo contrario, esforzándose a producir todas las razones que les ha sugerido su ingenio, para proscribir la pena capital como inútil y perniciosa, persuadiendo a los legisladores el total exterminio de ella en sus Códigos penales (...) Las razones en que se fundan los que quieren proscribir la pena de muerte, son ciertamente más ingeniosas que sólidas” (Cfr. *Ibid.*, 1, 5).

⁷⁵ “La muerte de un ciudadano sólo puede considerarse necesaria por dos motivos. El primero, cuando aún privado de libertad siga teniendo tales relaciones y tal poder que comprometa la seguridad de la nación, cuando su existencia pueda producir una peligrosa revolución en la forma de gobierno establecida. Así pues, la muerte de un ciudadano se hace necesaria cuando la nación está en trance de recuperar o perder su libertad, o en tiempos de anarquía, cuando los mismos desórdenes sustituyen a las leyes” (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ed. Jordá, cit., p. 104).

⁷⁶ FEIJOO, *Teatro Crítico Universal*, cit., T VI, “Paradojas políticas y morales, Paradoja tercera”. Para PÉREZ FERRER, Feijoo es firme defensor de una utilitaria prevención general que ha de ser finalidad esencial de la pena. En otro lugar de su obra –añade– pone de manifiesto el sentido rigorista de su pensamiento: “El terror de las primeras ejecuciones reprime todos los genios aviesos y con cincuenta o cien ahorcados en el primer año de un reinado está hecho casi todo el gasto para mientras viva el príncipe”. En vista de lo que antecede, nada tiene de extraño que el Padre Maestro se mostrase abierto defensor de la pena capital. Y ello por dos razones fundamentales: porque entonces, en su siglo, apenas si existía una voz abolicionista que se dejara oír y, porque vista la severidad de su concepción punitiva y la finalidad asignada al castigo, la pena de muerte reunía el máximo de aflicción que era preciso conseguir con ciertos delincuentes [Cfr. “Ideas penales y penitenciarias del P. Feijoo”, en *RDP* 166 (1964) p. 44].

⁷⁷ MARTINEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijoo*, cit. p. 61.

abolicionista”⁷⁸. Por contra, se muestra mucho más atinado en la captación del sentir feijoniano en punto a la pena capital, LÓPEZ PELÁEZ, quien opina con su un tanto pretenciosa retórica decimonónica: “Con tener Feijoo ideas tan originales, tan independientes y tan atrevidas, y haber dirigido los formidables golpes de la demoledora piqueta de su crítica contra opiniones las más arraigadas y cimentadas más profundamente, se detuvo ante la pavorosa esfinge de la pena capital y quemó incienso en sus altares, en los cuales depositó el homenaje elocuente de su adhesión”⁷⁹. Por nuestra parte, entendemos que el hecho de que Feijoo se encuadre en las filas de los apologistas de la pena capital y sea adversario del abolicionismo, ni le añade gloria, ni puede erigirse apriorísticamente en motivo de critica *per se*, sobre todo teniendo en cuenta que, como hemos dicho, muchos de los espíritus señeros de la época se mostraban proclives a ello. Feijoo simplemente se limita a seguir la tesis de la prevención general defendida en aquellos tiempos por Montesquieu y Rousseau. Nadie mejor que CONCEPCIÓN ARENAL para plasmar la esencia del sentir feijoniano: “La escuela a que pertenecía Feijoo no veía más que el derecho de la sociedad; el del reo desaparecía muchas veces en teoría y con mayor frecuencia aún en la práctica; el culpable era una criatura vil, infame, detestable, incorregible, objeto de desdén o de horror, y medio de escarmiento...”⁸⁰.

En la gigantesca obra de Fray Martín Sarmiento se contienen páginas magistrales a favor de la tesis de que no existe teoría jurídica posible que justifique el mantenimiento de la pena capital. Por el gran interés que ofrecen, reproducimos algunas de sus opiniones sobre el particular, vertidas en su *Obra de Seiscientos Sesenta pliegos*, de manera concreta en el volumen 3º, folios 225 y 226:

“Los Estados florecientes de la antigüedad tenían puesta pena de muerte a los ociosos; pues no ignoraban que la ociosidad era *madre* de todos los *vicios*; y entre ellos de los Vicios de pena capital... No tengo el *jenio cruel*. Sé que si los ociosos en España yncurriesen en *Pena de muerte* se despoblaría toda ella.... Estoy en que por salvado que sea un Hombre, será más útil, *vivo que muerto*, a la Sociedad; si se le separa de ella en donde se le haga trabaxar. Es otro de que un castigo de *muerte*, sirve por escarmiento a otros; está bien pensado; pero no se corresponde en la práctica. Lo que logra, no es el escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo jénero. Lógrase sí, el quitar de enmedio estos y otros *malvados*. Quitéñse enhorabuena estos malvados *denmedio de la sociedad*”.

Dentro del iluminismo hispano, la originalidad de Sarmiento al pedir la supresión de la pena de muerte es palmaria. Para comprender la importancia que encierran las afirmaciones que siguen y la atención a que son acreedoras, basta fijarse en que chocaban con la opinión generalmente recibida y con la legislación de todos los países. Según sus propias palabras, la privación de la vida del reo es “bárbara, inútil y contraproducente”. Aquí, una vez más, el pensamiento de Fray Martín se manifiesta mucho más radical que el de su amigo y maestro Feijoo⁸¹. Y es que, como ha señalado

⁷⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁷⁹ LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento y el siglo de Feijoo*, cit., página 157.

⁸⁰ CONCEPCIÓN ARENAL, *Juicio crítico de las obras de Feijoo* (Madrid, 1887), página 297.

⁸¹ Acertadamente dice PENSADO: “Son tantas as diferencias que os separan, ou quezais mais, que as semellanzas que os unen. Si se examinase debidamente o pensamento de cada un deles ollariámos que son enormemente diferentes, e o único que nos quedaría por vencellalos serían uns fortes nós de afeito e amistade” [Cfr. “Feijoo e Sarmiento. Duas vidas en pasado”, en *Grial* 60 (1978) p. 129].

GONZÁLEZ LÓPEZ⁸², sus personalidades, a pesar de estar entrañablemente unidas por tres grandes afectos -la cultura, la Orden y, además, la tierra de su procedencia- eran muy distintas, como si su visión de la cultura en general estuviera separada por muchos años más en el tiempo y en el espacio. La explicación pudiera muy bien radicar en que Sarmiento no es hombre de su siglo y esa fue su desgracia, quedó muy adelantado para el siglo XVIII y muy retrasado para el nuestro⁸³; de ahí que las consideraciones de su autoría en punto al tema que nos ocupa sólo puedan contemplarse desde esa perspectiva histórica.

Hemos apuntado en páginas anteriores que Beccaria se pronunció contra la generalidad de los suplicios, pero admitía dos motivos “que hacen necesaria la muerte de un ciudadano”⁸⁴. Sarmiento, por contra, solicita la abolición “en toda clase de delitos y crímenes”. Su profesión de fe abolicionista obedece a que, para él (y esto lo sitúa a años luz de Feijoo y Beccaria) la aceptación del principio legal de la pena de muerte supone la aceptación de la filosofía de la violencia, en su aliento más profundo y más claro y la declaración de su necesidad. Si es lícito matar, todo es lícito.

La tesis del contrato social, sustentada por Beccaria, que se mostraba reluciente a la pena de muerte -salvo los casos excepcionales apuntados- basándose en que un hombre, por mucha autoridad que tenga, no puede dejarle a otro el arbitrio de dar muerte a un semejante⁸⁵, fue refutada ya en su tiempo porque lo mismo podría decirse de las demás penas⁸⁶ y porque el freno más poderoso para cometer los delitos no es tanto el espectáculo momentáneo de la muerte del reo⁸⁷, como el ejemplo continuo de un hombre privado de libertad⁸⁸. En este sentido, Sarmiento incluso va mucho más allá de BENTHAM. Así, mientras el fundador del utilitarismo afirma que “los hombres, por lo general, miran la muerte como el mayor de todos los males y se someten a éstos para libertarse de aquélla”⁸⁹, SARMIENTO, por su parte, no cree únicamente en la intimidación: “lo que se da lugar no es el escarmiento, pues cada día se multiplican las

⁸² GONZÁLEZ LÓPEZ, “Fray Martín Sarmiento e a conciencia da personalidade cultural de Galicia”, en *Ibid.* 43 (1974) p. 1.

⁸³ PENSADO, s.v. “Sarmiento, Fray Martín”, en *GEG*, 28, p. 83.

⁸⁴ *Vid.* la nt. 140.

⁸⁵ BECCARIA, formula la tesis en estos términos: “¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de dejarlo morir?” (Cfr. *De los delitos y de las penas*, cit., p. XXVIII).

⁸⁶ ANTÓN ONECA, “El Derecho Penal de la Ilustración”, cit., p. 598.

⁸⁷ Durante largo tiempo se creyó que el espectáculo de las ejecuciones capitales, causaba sobre la muchedumbre que las presenciaba una saludable impresión de terror, que su siniestro recuerdo siempre perduraría en la memoria de los espectadores. Tal convicción explica la persistencia, hasta época muy próxima, de la pública ejecución de esta pena. Mas ya ha largo tiempo se reprocha a esta pena su falta de eficacia intimidatoria. El espectáculo de la ejecución pública de la pena de muerte ante enorme muchedumbre que acudía a contemplarla se ha alegado que lejos de producir, como antes se creía, una indeleble impresión de terror, constituyía una fiesta repugnante y desmoralizadora, acerca de cuyo influjo corruptor sobre las masas están de acuerdo adversarios y defensores de la pena capital (Literatura al respecto en CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, cit., p. 140 ss).

⁸⁸ Más que la muerte sería elocuente “el ejemplo de un hombre a quien se tiene siempre ante los ojos, a quien se ha privado de la libertad y que está obligado a emplear el resto de su vida en reparar la pérdida que ha causado a la sociedad” (Cfr. A. BOUCHER D'ARGIS, *Observations sur les lois criminelles* (Ginebra, 1781) p. 139).

⁸⁹ BENTHAM, *Theorie des peines et de récompenses*, II (París, 1818) p. 16.

*maldades de todo género. Sólo es espantar moscas que cien veces espantadas, cien veces vuelven a ser moscas y a picar*⁹⁰.

III. Sustitución de las penas por medidas de seguridad

Así las cosas, para SARMIENTO, el fundamento de la abolición es no solamente la inutilidad del castigo capital en su vertiente intimidatoria, sino sobre todo la posibilidad de obtener provecho de los mismos condenados⁹¹:

“Se han de colocar en donde por toda su vida **nocere non possint**; y trabajen en utilidad de la República, pero *catenati* como dijo Floro⁹². Los Antiguos los condenaban a las canteras, a las minas, a los grandes edificios públicos, a los Caminos Reales, a limpiar *puertos*⁹³, etc., y a *Islas Desiertas*, o mal sanas⁹⁴.”

Y añade un párrafo en favor de la deportación -en la que se pensó varias veces en este siglo sin que nunca se llegara a realizar⁹⁵:

⁹⁰ SARMIENTO, *Obra de Seiscientos*, cit., vol. 3, fol. 225.

⁹¹ *Ibid.*, fol. 226.

⁹² El autor se refiere sin duda a Flor. 2, 33, 50-60; donde, tras narrar las vicisitudes de las guerras cántabras, alude en esos términos al triste destino que les esperaba a las poblaciones sometidas.

⁹³ El Padre Maestro formula aquí un catálogo de las *Servi Poenae* romanas por las que el condenado pasaba a ser propiedad del Fisco y para distinguirlo de los otros *Servi Caesaris*, los juristas lo llamaban *Servus Poenae* -esclavo de la pena-. Sobre la esclavitud por condena, *vid.*: DONATUTI, “La schiavitú per condanna”, en *BIDR* 42 (1934) p. 219 ss; en punto a los trabajos forzados en minas y canteras, cfr. RODRÍGUEZ ENNES, “Extracción social y condiciones de trabajo de los mineros hispano-romanos”, en *Gallaecia* 13 (1991) p. 1 ss; ID., “Las explotaciones mineras y la romanización de Gallaecia”, en *Libro Homenaje al Prof. Reimundo Yanes II* (Burgos, 2000), p. 881 ss.

⁹⁴ Con todo, la *deportatio in insulam*, condena que reemplaza desde la época del emperador Tiberio a la interdicción del agua y el fuego, no es como las anteriores, una de las *supplicia summa*, ya que no lleva aparejada la pérdida del *status libertatis*, sino la de los derechos de ciudadanía; de ahí que los juristas la sitúen entre los *supplicia medicoria* (P.S. 5, 17, 2; D. 48, 19, 2, 1).

⁹⁵ Como señaló DORADO MONTERO: “La política del desembarazo es una política que no requiere gran esfuerzo mental y, por lo mismo, se ha practicado sin dificultad en todo tiempo y por donde quiera” (Cfr. s. v. “Deportación”, en *Enciclopedia Jurídica Española* (Barcelona, 1910) p. 766 ss). Los grandes descubrimientos españoles permitieron hacer algunos ensayos de deportación cara a esas nuevas tierras, pero lo cierto es que España, a diferencia de Inglaterra y Francia, nunca adoptó una política sistemática de deportación de criminales. Con todo, en la segunda mitad del siglo XVIII, se comenzó a enviar penados a los presidios americanos, tal como por ese tiempo se hacía con los filipinos. En algunas leyes recopiladas se detallaba que la condena estuviera limitada al servicio de las armas, con el fin de mantener completos los requerimientos ultramarinos; pero también, en particular, a partir de las pérdidas españolas frente a Inglaterra en la llamada “Guerra de los Siete Años” (1756-1763), la pena se extendía a trabajos de fortificación. Desde 1763, tras ser devuelta Cuba por los ingleses, se reforzaron con celo todos los amurallamientos presidiales en toda la zona del Caribe, desde San Juan de Puerto Rico hasta Cartagena de Indias, pasando por La Habana y los puntos más estratégicos de México, especialmente Veracruz. Y para esta fatigante tarea se echó mano a delincuentes, si bien éstos en ningún caso llegaron a alcanzar la importancia numérica que en el Norte de África. Aunque todos no procedían de España, 1115 fue la cifra máxima de confinados, para el año 1769, en La Habana, el presidio más populoso de todos los americanos [Sobre esta cuestión *vid.*; PIKE, *Penal Servitude in Early Modern Spain* (Wisconsin, 1983) p. 4 ss]. Una política de confinamiento mucho más constante y significativa proyectaría España en el Norte de África. El sentimiento de la época respecto a África fue pronto, además, bien distinto al difundido sobre América. El propio Bartolomé de las Casas, celoso defensor de los indígenas americanos contra los rigores del invasor, no tuvo tapujos en contraponer el *derecho* de los indios a la *barbarie* del africano [Cfr. KONETZKE, *América latina: la época colonial*¹², trad. esp. P. Scarón (Madrid, 1981) p. 25]. Como

“Si desde que se descubrió América se hubiese pensado en este *arbitrio* se ubieran utilizado muchos de los a ajusticiados; y otros que se debían ajusticiar. Oy estaría más poblada la América y no estaría España tan poblada de Ociosos y Gitanos”.

Su argumentación es similar a la de BENTHAM y los utilitaristas ingleses⁹⁶, sólo que con la particularidad harto digna de encomio de que está expuesta más de medio siglo antes; de este modo se cumplen los dos fines de la pena: impedir que el reo cometa nuevos delitos, incapacitándolo para causar daños y enmendándolo por el trabajo y evitar que los demás le imiten en el porvenir, todo ello -al propio tiempo- presidido por el criterio utilitario: el hombre muerto no sirve para nada y los suplicios inventados para el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta. Pensemos que el destierro a Australia como sustitutivo de la pena capital fue iniciado por los británicos en 1788⁹⁷, diecisésis años después de la muerte de Sarmiento, es CONCEPCIÓN ARENAL quien rechaza el establecimiento de colonias penales similares en 1895⁹⁸.

Es cierto que las ideas de Sarmiento estaban en el ambiente o, al menos, en los sectores más refinados y progresivos de España; sin ir más lejos VOLTAIRE, riguroso contemporáneo del sabio benedictino, arremetió a fondo contra la pena capital, no repudiándola en nombre de la humanidad o de la justicia sino movido por razones de utilidad coincidentes punto por punto con las sarmientanas⁹⁹. Esa identidad de pensamiento nos induce a pensar en un conocimiento de las tesis volterianas por parte de nuestro autor; conocimiento, por otra parte, más que normal en Sarmiento, habida

ha apuntado ROLDÁN BARBERO: “A fin de cuentas los musulmanes habían dominado Al-Andalus por espacio de ocho siglos y, tras su derrota, se enmarcaban sin ambages en el blanco de la animosidad. No existieron por eso miramientos benefactores a la hora de enrolar penados en los trabajos más duros de los fuertes africanos. Tierras bárbaras -se pensaba- debían ser pobladas por gente de esa jaez” [Cfr. *Historia de la prisión en España* (Barcelona, 1981) p. 18].

⁹⁶ BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, trad. esp. Ramón Salas (Madrid, 1821) ed. Magdalena Rodríguez Gil (Madrid, 1981) p. 318 ss.

⁹⁷ La colonización británica de Australia se inició en 1788 con los “convicts” del capitán Philipp, en Port Jackson (Sidney). En efecto, para resolver las dificultades planteadas por el exceso de población en las cárceles inglesas, el Gobierno británico decidió convertir a Australia en una colonia penitenciaria. *Vid.*, al respecto, entre otras, CLARK, *A short history of Australia* (Londres, 1973); GARCÍA ZARZA, *Australia. El territorio, su historia, población y economía* (Salamanca, 1976); LACOURT-GAYET, *A concise history of Australia* (Londres, 1983). El mismo destino tuvo la Guayana francesa que de 1794 a 1805 fue lugar de deportación.

⁹⁸ CONCEPCIÓN ARENAL, “Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación”, en *Obras Completas*, X (Madrid, 1895) p. 19 ss (Sobre el pensamiento de la penitenciarista ferrolana en este punto, cfr. PEREIRA PORTO, *A aportación de Concepción Arenal no marco do estado liberal español* (A Coruña, 1997) p. 128 ss). Es lógico que una vez que ya se regularizó la cárcel como pena fundamental, la deportación dejé de ser una válvula de escape. Acerca de este proceso sustitutivo de las condenas de deportación por la de prisión, *vid.*: IGNATIEFF, *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution* (Columbia, 1980) p. 80 ss.

⁹⁹ VOLTAIRE, en su comentario a la obra de Beccaria, escribe: “Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al Estado por sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate a un hombre en público. Los ladrones en Inglaterra son rara vez castigados a muerte: lo que se hace es transportarlos a las colonias” (Cfr. DEL VAL, *op. cit.*, p. 133). Notoria influencia de Voltaire en FORONDA, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía Política y sobre las leyes criminales*, 2 vols. (Madrid, 1789 y 1794). A la similitud de posiciones entre Sarmiento y Voltaire en punto al rechazo de la utilidad de la última pena, alude también GONZÁLEZ GUTIÁN “¿Un precursor de Beccaria?”, cit., p. 84: “por encima de hondísimas diferencias, el espíritu del tiempo casi identifica al P. Sarmiento y a Voltaire en su enemistad al último suplicio”.

cuenta de su consabida puesta al día en lo que atañe al pensamiento ilustrado francés¹⁰⁰. Es sabido que los obispos censuran la penetración de autores peligrosos, desde Grocio a los filósofos (Voltaire, Rousseau o Montesquieu). En cambio, los católicos ilustrados, plenamente ortodoxos, buscan esos libros por la necesidad que sienten de conocer el pensamiento europeo¹⁰¹. Cómo se formaron esos hombres, católicos sinceros, pero que no renuncian a las razones de la inteligencia, que quisieron hermanar revelación y razón, crítica histórica con verdad cristiana, naturaleza y gracia..., constituye un problema histórico arduo y complejo. De ahí que las radicales palabras de Sarmiento de rechazo al pensamiento volteriano se nos muestren, pues, más aparentes que reales, por lo menos en punto a la búsqueda de sustitutivos para la pena de muerte¹⁰².

Mucho se puede escribir sobre los paralelismos de Sarmiento con sus coetáneos franceses, pero lo que de todo ello quedará claro será esta condición sarmientana de encuadrar todas las nuevas ideas de la Ilustración dentro de la doctrina religiosa-católica o, al menos, el no ir en su contra¹⁰³. Con todo, dentro de la más estricta ortodoxia católica, TOMÁS MORO, decapitado por orden de Enrique VIII y hoy santificado por la Iglesia, sostuvo en el siglo XVI ideas similares, ya que señalaba al trabajo como servidumbre como la pena más frecuente -en su quimérico país utópico- preferible a la muerte, pues un hombre al que se obliga a un trabajo rudo, escribía, es más útil a la

¹⁰⁰ Es más que expresiva al respecto la carta que dirige a Feijoo en 1739: “La inmensa tardanza de los libros de Francia me hace mucho daño” (Cfr. *Cartas de Samos*, 27 de junio de 1739). Testimonios tan paladinamente claros como el que acabamos de transcribir convierten en huertas las palabras de LÓPEZ PELÁEZ, cuando afirma refiriéndose al libro de Beccaria: “bastaría que fuese tan aplaudido por los enciclopedistas, y en especial por Voltaire para que Sarmiento lo mirase con prevención y antipatía y no se apropiara de ninguna de sus ideas” (Cfr. *Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 158).

¹⁰¹ Mayáns recibe Voltaire, Montesquieu o la *Enciclopedia*; Campomanes dirá con claridad: “Cuán poca razón tienen los que declaran contra la instrucción que nos viene de los libros extranjeros ignorando sin duda el aprecio que en todos los tiempos hicieron de ellos nuestros mayores”. Y las bibliotecas de Meléndez Valdés y de Jovellanos demuestran el conocimiento que tenían de los autores ilustrados europeos más representativos [Cfr. ANTONIO MESTRE, “La actitud religiosa de los católicos ilustrados”, en *El reformismo borbónico*, Agustín Guimérá (ed.) (Madrid, 1996) p. 150].

¹⁰² “De Voltaire y de toda la cofradía de ateístas extranjeros con el primor de insolentes y desvergonzados, digo lo que Aretino respondió: Que no murmuraba de Dios porque no le conocía. Nada de esa canalla tengo ni entrará en mi celda. A fuerza me introdujeron un escrito de Voltaire para que le leyese. No me pesó haberle visto y leído, pues me ratifiqué en mi aversión por ese apóstol de la impiedad y la lujuria, como le llamó uno que escribió desde París. En cuanto leí ni un grano de instrucción recogí, ni me espanté de razones, ni tampoco me encantó con sus palabras... Por lo mismo, como yo no tengo esa púa al impío Voltaire ni a los de su cofradía, ninguno me encanta ni persuade” (Cfr. *Carta a Armona*, 1761). HERR hace un estudio detallado de las influencias de Voltaire en la cultura española sin que bajo la misma caiga nuestro benedictino. Voltaire va adquiriendo progresivamente fama de impío desde 1734, en que se le alaba abiertamente, hasta 1762 en que la Inquisición condena sus obras sin excluir ninguna. Referente a Feijoo, HERR escribe que en 1789 “un particular atacó las ideas de tolerancia religiosa de Rousseau y Voltaire y citó a Feijoo para refutarlas” (Cfr. *España*, cit., p. 56 ss.). Con todo, aún hay quien todavía hoy establece un paralelismo entre Feijoo y Voltaire, así CARR cuando apunta: “Feijoo desempeña en España el papel de un Voltaire; es un *vulgarisateur* de la Ilustración, y la mejor manera de enjuiciar las características de la Ilustración española es comparar la difusión de sus recopilaciones con la claridad de las *Lettres philosophiques* de Voltaire” [Cfr. *España* 1808-1939 (Barcelona, 1970) p. 87, nt. 100].

¹⁰³ CEÑAL, “Feijoo hombre de la Ilustración”, en *Revista de Occidente* 21 (2ª época) 1964, p. 313 ss., en donde apunta: “La Ilustración fuera de España tiene un carácter de continuidad de la modernidad ya iniciada con el Renacimiento y la Reforma mientras que en España supone una ruptura con una tradición, la cual, aunque de alguna manera operante en la modernidad europea, queda sin embargo rezagada y rota”.

sociedad que un cadáver¹⁰⁴ y Sarmiento sin duda conocía la obra del canciller de Inglaterra. Pero no es menos cierto que la genial aportación sarmientana en el ámbito jurídico penal vaya a ser rodeada de un halo de desdoro por el mero hecho de que se haya apoyado en libros foráneos. Es obvio que sin la apuesta decidida en pro del avance de las ideas abolicionistas, sustentada por Sarmiento y otros conspicuos innovadores del siglo XVIII, estas ideas no encontrarían eco, no se habría dado cima a la magna tarea de la codificación y, con ella, al nacimiento del Derecho penal moderno. Los Borbones dieciochescos prosiguieron la misma línea de dureza punitiva practicada por sus antecesores y sólo cuando el *Ancien Régime* dejó su puesto al Estado Constitucional, la legislación penal pudo beneficiarse enteramente de las nuevas corrientes¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Hablando de los habitantes de Utopía, MORO dice: "... casi todos los delitos son castigados con la esclavitud. Están convencidos de que ésta no es menos terrible que la pena capital (...) un hombre que trabaja es más útil que un cadáver. Por otra parte, el ejemplo de su castigo inspira durante mucho tiempo en los demás un temor saludable" [Cfr. *Utopía o tratado de la mejor forma de gobierno*, trad. esp. (Madrid, 1984) p.165]. Parece que se está leyendo a Beccaria cuando nos describe al reo como una bestia de carga, que paga con sus esfuerzos la ofensa que ha cometido contra la colectividad [Acerca de las influencias de Moro en Beccaria, *vid.*: FRAILE, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)* (Barcelona, 1987) p. 60 ss.].

¹⁰⁵ Ya hemos tenido ocasión de apuntar la clara incompatibilidad entre el reformismo ilustrado y el sistema político absolutista. Dado que los absolutistas siguieron detentando el poder en toda Europa hasta el siglo XIX, HAZARD escribió acertadamente que la "Aufklärung" actuó escindida en dos planos: el de la acción, que provisionalmente quedó inalterado, y el de la razón, en el que se preparaba la evolución que al fin se impondría realmente (Cfr. *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. esp. Julián Mariás (Madrid, 1958) p. 57).