

Reflexiones sobre algunas ideas punitivas del P. Sarmiento

LUIS RODRIGUEZ ENNES

Decano y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo

PILAR ALLEGUE AGUETE

Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo

SUMARIO: I. El marco histórico: la Ilustración.—II. Aproximación a la figura de Fr. Martín Sarmiento.—III. Situación del Derecho Penal en el siglo XVIII.—IV. Posición del P. Sarmiento frente a la tortura y la pena de muerte.

I

En el siglo XVIII Francia no tenía un rey de la talla de los mejores déspotas ilustrados, pero tenía una clase media poderosa y era en el punto de donde partían los rayos de «las luces». Inmediatamente al Sur estaba España, inmejorablemente situada, en virtud de esta proximidad, para recibir la influencia del concepto laico de la vida. Pero España era la nación que, desde hacía siglos, había mantenido con mayor tesón la religión católica en el suelo y la había sostenido con su oro y su sangre en el extranjero. Era también la nación donde los comerciantes e industriales habían ido perdiendo importancia, desde el siglo XVI; mientras su nobleza —una de las más orgullosas de Europa— había conservado la totalidad de sus tierras. Todo parecía indicar que —a pesar de estar tan próxima a las luces— España no se vería iluminada por ellas (1).

(1) Cfr. HERR, *España y la Revolución del Siglo XVIII* (Madrid, 1975), p. 8.

«Con una obstinación a veces irritante —dice Sarrailh (2)— la crítica europea ha descrito a España como un país esencialmente discordante en el concierto universal». Pero no solamente extranjeros adoptaron la posición negativa; Ortega y Gasset apunta: «cuánto más se medita sobre nuestra historia, más clara se advierte esta desastrosa ausencia del siglo XVIII. Nos ha faltado el gran siglo educador» (3) y Artola afirma: «sin temor de pecar de exagerados bien puede decirse que España no llegó a conocer siquiera el espíritu ilustrado» (4). Por contra, el precitado rector de La Sorbona descubre con sorpresa en el siglo XVIII «el esfuerzo gigantesco de un puñado de hombres ilustrados y resueltos con toda la fuerza de su espíritu, con todo el impulso de su corazón, que quisieron dar a su país prosperidad y bienestar, cultura y dignidad» (5).

Así las cosas, en nuestra opinión, no se puede caracterizar un movimiento tan complejo como la Ilustración en pocas frases, y cada historiador hace resaltar un aspecto distinto. Empero, sin ánimo de entrar en la polémica antes apuntada lo cual excedería —con mucho— los límites de este trabajo, no cabe duda de que, en el siglo XVIII, España experimenta una profunda alteración aunque con menor intensidad y con claro retraso respecto a otros países, y no es menos cierto que, aquí, los aires innovadores provinieron del extranjero. Con todo, conviene no olvidar que la transición del Antiguo Régimen al mundo contemporáneo es una de las épocas más críticas de la historia de Occidente y ningún país europeo queda al abrigo de las contradicciones. Piénsese, en efecto, el anacronismo de las instituciones, que permitía coexistir las luces ideales de que se vanagloriaba la centuria, con las reales de las hogueras en que se hacía perecer a heréticos y brujas —la última de las cuales fue quemada nada menos que en Suiza en 1782 (6)— e incluso a reos de fútiles delitos en el Berlín de 1823, treinta años después de la proclamación de los derechos del hombre (7).

La Ilustración española forma parte del movimiento general europeo del siglo XVIII, pero tuvo su aspecto individual. Queda para los historiadores sentenciar este pleito en su totalidad. Aquí debemos limitarnos a observar un sector parcial, aunque importante en cuanto es termómetro de la vida de un pueblo: el de la justicia criminal, para mostrar unos cuantos datos —pues la ocasión no permite más— sobre

(2) SARRAILH, *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII siècle* (París 1954), pp. III-IV.

(3) ORTEGA Y GASSET, *El Espectador*, en *Obras completas II* (Madrid, 1987), página 600.

(4) ARTOLA, *Los afrancesados* (Madrid, 1953), p. 11.

(5) SARRAILH, *loc. cit.* en nt. 2.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal I* (Madrid 1963) p. 46.

(7) Vid. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch 25* (Berlín-Leipzig, 1927), p. 357, nt. 3.

el pensamiento al respecto del eximio Padre Fray Martín Sarmiento, cuyas ideas en punto a la necesaria reforma de nuestro ordenamiento punitivo «sorprenden por su audacia» en decir de Filgueira Valverde (8) y, a mayor abundamiento, conservan vigencia aun cuando provengan —cual es el caso del sabio benedictino— de autores no juristas. Es claro que Sarmiento no actúa como un jurista profesional, ni tampoco como un consejero del legislador, proponiendo a éste un sistema por él construido. Su función es crítica. El es un pensador ilustrado dispuesto a censurar las leyes penales partiendo de los supuestos racionalistas de la Ilustración (9). El expone con rigor la convicción de ideas que flotaban en el ambiente, lo que después se ha llamado la ideología penal de la Ilustración, «manteniéndose constantemente dentro de la más severa ortodoxia» (10).

Ha sido lugar común entre los penalistas españoles tener por precursor de Beccaria a Fray Martín Sarmiento (11), abstracción hecha de la errónea datación de la obra del benedictino que sirvió de base para tamaño aserto (12); entendemos que pretender combatir lo que Rodrí-

(8) FILGUEIRA VALVERDE, *Ideas y Sistema de la Historia en Fray Martín Sarmiento, Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia* (Madrid 1981), p. 39.

(9) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, p. 101.

(10) El párrafo entrecomillado constituye transcripción literal del pensamiento de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento y el siglo de Feijoo* (La Coruña 1901), página 158. Antolín López Peláez, que falleció en 1918 siendo arzobispo de Tarragona, metropolitano de Cataluña y primado de las Españas, fue anteriormente preconizado para la diócesis de Jaca. Durante su etapa de juventud ocupó, por oposición, la canonjía magistral de la catedral lucense; lector empedernido sus afanes investigadores se polarizaron, primordialmente en esa época, en torno a aspectos históricos de la Iglesia de Lugo con esporádicas incursiones a las obras de Feijoo y Sarmiento. Con todo, cumple constatar que en su faceta de historiador fue un autodidacta y tenía la mala costumbre de no indicar la procedencia de los datos que aportaba (Cfr. LÓPEZ VALCARCEL, s.v. *López Peláez, Antolín*, en GEG, T. XIX, pp. 160-161; para un elenco completo de su producción bibliográfica, vid.: *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, C.S.I.C. Madrid, 1972, s.v.).

(11) Vid., por todos, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, en adelante REP-174 (1966), p. 597.

(12) La datación errónea proviene de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., pp. 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 principiado 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 gigantesca obra de «verdadera Silva de Varia Lección Crítica», en donde se trata y

guez Molinero (13) llama «el mito de Beccaria» para sustituirlo por otro mito no conduce a nada válido. Es sabido que Beccaria no creó la Ciencia del Derecho Penal, entre otras razones porque ya existía desde tiempo ha 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 Monarquía (14). Porque no hay duda de que Sarmiento era «progresista» en un doble sentido, muy propios ambos de su tiempo; era un hombre que creía en el proceso histórico del ser humano racional sobre la tierra, y era por ello un pensador consciente de que con sus críticas profundas del presente impulsaba la realidad social hacia cambios innovadores y perfeccionadores. Es, dicho con más precisión, un reformista, uno de los adalides del reformismo ilustrado. Y tampoco de los más radicales. Su psicología, su personalidad y su pensamiento rehuyen todo extremismo. A modo de conclusión de este punto, opinamos que para enaltecer glorias locales no es conveniente desfigurar y extralimitar una personalidad eximia tan bien definida.

II

Moure-Mariño, con harto expresivas palabras, afirma que «la figura más densa de saberes que en todo tiempo ha producido Galicia —el espíritu que buscó en más ramas y curiosidades, aquel que sintió

crítica de todo lo divino y humano, pero que en su propósito inicial responde —y se responde— a un escrito de los Abogados de La 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. *Fr. Martín Sarmiento, testigo de un siglo. Discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1972-1973*, Salamanca, 1972, p. 34). Por lo que hace a la datación, en el prólogo al Vol. III de la *Obra de los 660 pliegos*, fol. 3, Recto dice: «En los números 3.526, 3.797, 3.849 y 4.421 señala escribía esta obra en el año 1764, y, f. al n.º 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*, B.N. ms. 20.392).

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

(14) El respeto de Fray Martín al rey es indiscutible; las ácidas y agresivas condenas son contra los intermediarios recaudadores, contra los burócratas y los cortesanos políticos; pero nunca contra el monarca. Sus demandas a la Corona son de atención para informarla y solicitar ayuda. Las injusticias, aunque no se pueden atribuir directamente al soberano, son consecuencia del desconocimiento que éste tiene acerca de los problemas que pesan sobre la nación y sus súbditos (Cfr. ALLEGUE, *La Filosofía ilustrada de Fr. Martín Sarmiento: Experiencia y Lenguaje*, tesis doctoral inédita, Madrid, 1990, página 379, con abundante profusión de citas textuales al respecto).

la incitación de los más variados temas y problemas y, sobre todo, el que más estudió agavillando pasmosa erudición—, fue el padre Martín Sarmiento». Y concluye: «al pronunciar su nombre nos parece que una figura de gigante emerge sobre la tierra gallega» (15). Filgueira Valverde, por su parte, corrobora: «Leía siempre. Infatigable. Anotando con avidez cuanto los libros ofrecían al horizonte sin linderos de su red de conocimiento. Leía para sí y para los demás, porque entregaba los frutos generosamente a quienes solicitaban de él información» (16).

Con todo, ese «no se qué de vida frustrada» que Marañón columbraba en Sarmiento (17), todavía en nuestros días no lo ha abandonado y parece como si sobre su eximia figura gravitase un *factum* que obnubila en el presente su auténtica dimensión. Pasó el siglo XIX sin que a nuestro gran monje se le diera el relieve que debía, después de que en vida y durante todo el siglo XVIII fuera tan admirado (18). El siglo XX va siendo más justo con él, y aunque todavía hay personas que nada interesante encuentran en sus escritos, otras obtienen y obtenemos de su lectura grandes enseñanzas, grandes conocimientos respecto a la evolución mental e incluso social de España en una época importantísima y poco conocida, pese a todo. Llegada es la hora de que —siguiendo el imperativo marañoniano (19)— sea pagada la deuda que España entera contrajo hace más de doscientos años con nuestro sabio benedictino.

Nadie mejor que el profesor Pensado para exponernos los motivos de este plurisecular desconocimiento de la *magna opera* sarmientana: nacida en el oscuro remanso de su celda, el «Siglo de las Luces» rodeó su obra de una brillante niebla, de una aureola mítica de sabio oficial que llega a nuestros días, conservando sus escritos casi tan intactos e ignorados como lo fueron en su tiempo. Perecieron ahogados entre un pasado barbarie y aquel presente de charlatanería. Sólo unos

(15) MOURE-MARIÑO, *La Galleguidad del Padre Sarmiento*, en *Temas Gallegos* (Madrid, 1979), p. 54.

(16) FILGUEIRA VALVERDE, *Ideas y Sistema de la Historia*, cit., p. 45.

(17) No nos resistimos a transcribir las lúcidas palabras de MARAÑÓN al respecto: «Hay un no se qué de vida frustrada que seduce en este gran español del siglo XVIII, que en el mundo se llamó Pedro José García y Balboa, y en la religión Martín Sarmiento. Tenemos con él una deuda los españoles de ahora y se la pagaremos cuando sea la ocasión propicia». (Cfr. *Las ideas biológicas del Padre Feijoo*, Madrid, 1941, p. 147).

(18) El embajador de Venecia dijo a presencia de muchos, en su última despedida para Roma, que «solamente llevaba el sentimiento de verse privado del P. Sarmiento, cuya ciencia no había hallado en corte alguna, y no satisfecho con este elogio, volvió algunos pasos atrás, obligado de su amor, a besar la puerta de su celda» (Cfr. *Carta de J. Armona a Sarmiento desde Huelva a 12 de junio de 1761. Col. Dávila. VI-VII, f. 51 r.*).

(19) Cfr. la nota 17.

raros amigos, poco después de su muerte, se dedicaron a recoger su colección de escritos (20). Es el caso que de su obra ingente tan sólo vieron la luz de la imprenta opúsculos diversos, de materias heterogéneas (21). ¿Por qué se negó a publicar sus obras? ¿Acaso —como se pregunta Moure-Mariño (22)— porque los tiempos que vivía no le permitían manifestarse con la libertad deseada? ¿Quizás por orgullo? En nuestra opinión, por una concatenación de ambas circunstancias?. Por lo que hace a la primera, se ha apuntado: la repugnancia a sujetar los escritos a la aprobación de la autoridad laical; la censura no siempre justa y discreta de los superiores de la Orden; el tener que esperar después de escrito el libro «una cuarentena de semanas antes de que el impresor ponga la primera mano»; el suceder con harta frecuencia «que a la mitad de la impresión se pone *nihil transeat*, se pone embargo y se da por perdido todo lo hecho» (23). En punto al orgullo, ante todo debemos convenir en que Sarmiento es un hombre de sensibilidad poco comunicativa (24). El P. Feijoo le decía en una carta: «Yo me pasmo, me confundo y me aturullo cuando contemplo que V.P. no piensa sino en meterse en su rincón y cerrarse en su celda, hallándose en una edad flamante, con buena salud, que podría servir mucho a Dios y al mundo» (25); pero, sobre todo, Sarmiento desprecia a la generalidad de sus semejantes. En el curiosísimo ensayo suyo, *El Porque*

(20) PENSADO, *Fr. Martín Sarmiento, testigo de su siglo*, cit., p. 9.

(21) Transcurridos más de dos siglos del fallecimiento del P. Sarmiento todavía carecemos de un inventario fiable de todos sus escritos; la única posibilidad de acercarnos a un exacto deslinde de la fuente más primigenia de sus textos es la denominada «Colección Medina Sidonia» (sobre los avatares de esta Colección de manuscritos sarmientianos y sobre los de su copia posterior —la denominada «Colección Dávila»—, vid., PENSADO, *ibid.*, pp. 17 y ss.).

(22) MOURE-MARIÑO, *La galleguidad del Padre Sarmiento*, cit., p. 55.

(23) Las frases entrecomilladas son de progenie sarmientiana y aparecen reproducidas sin indicación de la fuente concreta, en LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 11. Transcribimos unas declaraciones que, en epístola a Fray Mauro Martínez, hace respecto a su decisión de no publicar, a propósito de las mil desazones que sufre Feijoo por la publicación de su 5.º Tomo: «A mí no me cogen ni me cogerán esas desazones pues no me alisté en la cofradía de los muertos antes de la invención de la Imprenta, que jamás vieron impresos sus escritos» (Cfr. *Carta a Mauro Martínez*, fechada en Madrid el 21 de diciembre de 1759. El texto de la misiva aparece transcrito en la *Ilustración Gallega y Asturiana*, T. I., pp. 262-263).

(24) Sobre su reputación social dice él mismo: «¿Quién habrá que tenga alguna noticia de mi persona que no esté imbuido al mismo tiempo de mil historia, necedades e imposturas contra ella? (...) Puesto «a elegir entre todo calle o todo celda, optar por esto último y no le importa el juicio de las gentes». Para MARAÑÓN, su aislamiento, su hospitalidad y la defensa que hace de ésta denuncian a un psicópata depresivo, que concuerda con su arquitectura corporal rechoncha o pícnica; su manía de escribir y no publicar es patológica (Cfr. *Las ideas biológicas del P. Feijoo*, cit., p. 144, nt. 2).

(25) *Carta de Samos*, septiembre de 1740.

no y el Porque sí, proclama sin ambages que «cree que Madrid, la flor humana de España está poblada por cincuenta mil idiotas» y, por lo tanto, no ve qué sentido tiene escribir (26); como ha puesto de manifiesto Marichal (27), es lógico que Sarmiento dé a su prosa, en este ensayo, un aire quevedescamente fustigador, como expresión de su actitud de encerramiento, postura ésta que contrasta notoriamente con la de su amigo y maestro Feijoo (28).

III

Si bien no faltan autores como Herr, que afirman que el Derecho penal español dieciochesco «se encontraba en un estado de verdadero caos» (29), 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 europeos. El caos de la legislación era semejante. La más importante de las compilaciones hasta el siglo XIX la constituían 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 inhumano (30). 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 infligía 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

(26) *Semanario de Valladares*, VI. Sarmiento abundó siempre en la misma argumentación y así le escribía a Armona que «España no está para imprimir, ni aún para saber, sino cada uno para sí mismo» (Cfr. *Carta a Armona del 15 de mayo de 1761*, en *Col. Dávila VI-VII*, fol. 46 v.).

(27) MARICHAL, *La voluntad de estilo* (Madrid 1971), p. 148.

(28) FEJOO —lo contrario en esto que su compañero de orden— es hombre de sensibilidad comunicativa, aspira a que sus escritos sean temporalmente operantes y, como él mismo dice «Sacrifica su pluma al bien común» (*Ibid*), p. 149.

(29) HERR, *España y la Revolución del Siglo XVIII*, cit., p. 51.

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

en los relatos horripilantes de la «cuaresma viscontea», de Galeazzo Visconti II de Milán (31); de la muerte de Juan de Cañamas, seguramente loco, ejecutado en Barcelona en 1492 por regicidio frustrado en la persona del Rey Fernando el Católico (32); de Ravaiillac muerto el 27 de mayo de 1610 por el asesinato de Enrique IV de Francia (33); de Damiens, el 27 de marzo de 1757, por heridas leves causadas, sin ánimo homicida, al rey Luis XV (34); del tormento y muerte de los nobles portugueses Marqués de Tavara, de sus hijos y de su mujer y del duque de Aveiro, comprometidos en el atentado contra el rey José I, suplicados en Lisboa en 1758, en plena ilustración pombalina (35), y de la terrible forma de ejecución reservada en Inglaterra para los condenados por alta traición que todavía estaba en vigor en tiempos de Bentham (36).

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,

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

(32) 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.

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

(34) Fue análogo al suplicio de Ravaiillac, 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 al rey, sino inflingirle una ligera corrección. El desdichado había sido fámulo 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 Versailles 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 *Monatsschrift für Kriminalpsychologie* (1933), pp. 641 y ss.

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

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

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 agarrados (37); si el ladrón cortesano era menor de diecisiete años y mayor de quince la pena era de doscientos azotes y diez años de galeras (38). 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 a 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» (39). Como ha apuntado Tomás y Valiente (40), 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 asesinato de la víctima para que ésta no pudiese declarar contra él (41). 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 penas y delitos, punto clave de toda legislación penal (42).

La necesidad de reformar las leyes penales se evidenciaba a todos los que tenían relación con los asuntos jurídicos. Sempere dice: «Nues-

(37) Nov. Recop. XII, 14,3.

(38) Ibid. VIII, 11.7.

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

(40) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., página 360.

(41) También MONTESQUIEU cuenta que «en Moscovia, 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.

(42) Análoga situación se planteaba en la Iglesia de fines del XVIII según se infiere de las observaciones tomadas *in situ* por MIRABEAU: «La primera cosa que llama mi

tros tribunales y el Ministerio están llenos de abogados que conocen los vicios de nuestros códigos y que desean remediarlos» (43). 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 aumentarlo, y así sucesivamente (44). 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 existencia (45).

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 artículo en el que nos limitaremos a ahondar en el pensamiento de los autores que dejaron su impronta en el ideario punitivo sarmientano.

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. Descarriar 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 penal 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).

(43) SEMPERE Y GUARINOS, *loc. cit.*, en nt. 39, p. 117.

(44) ANTÓN ONECA, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en REP 166 (1964), p. 416.

(45) MUYART 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* (46). Este libro, de reducidas páginas y de enorme repercusión (47), 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 ironía (48). 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 beccariano (49) y que por su enorme difusión (50), 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

(46) 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).

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

(48) 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.

(49) 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*).

(50) 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.).

despotismo ilustrado. Se le ha negado la originalidad basándose en que sus ideas constituyeran lugar común entre los iluministas (51); 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 librito y la fama que proporcionó al autor (52). 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 escrito (53).

En 1774 —sólo diez años después de su aparición— el público español tenía a su disposición una traducción (54), cuando ya muchos ilustrados lo conocían a través de alguna de las ediciones italianas o francesas (55). 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».

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

(52) DEL VAL, *op. cit.* en nt. 46, p. 11.

(53) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., página 103.

(54) 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 Sentís 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.

(55) 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).

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 inmovilidad 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 acabamos de ver (56). 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 apologetas católicos franceses (57), otras poniendo a prueba sus facultades personales para combatir a los «philosophes» (58). 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» recurrían a los textos franceses en procura de pertrechos con la misma falta de reparos que los partidarios de ellas.

Todos los apologetas 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 ataca-

(56) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., página 109.

(57) 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. 176-177).

(58) 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). En 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.

sen 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 eran 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.

IV

Aunque las características de la legislación penal española no difieren esencialmente de las extranjeras (59), nuestra justicia criminal fue menos cruel. Cerdán de Tallada aseguraba en el siglo XVI la moderación de la de Castilla en comparación con la francesa (60). No aparece en nuestro ordenamiento punitivo el suplicio 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 dogmatismo (61). Aun cuando Lardizábal escribía a fines del XVIII que la muerte por el fuego o las saetas había dejado de emplearse en nuestra patria, mientras la rueda, el descuartizamiento de seres vivos y el aceite hirviendo eran utilizadas todavía en algunas naciones cultas (62), es indudable que, por aquellos tiempos, la denominada

(59) 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. *Le droit pénal*, París, 1922, p. 59).

(60) 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 Eymereich, se inclina por los instrumentos tradicionales españoles frente a los tormentos nuevos que se idean en el extranjero, ya que eso es más propio de *carnificium et crudelium quam consultorum et theologorum* (Cfr. EYMERICH, *Directorium inquisitorium... cum commentariis Francisci Pegnae*, Roma, 1587, p. 594).

(61) 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... en la conservación de la religión pura y librada de sectas, crímenes y herejías que amenazan y arruinan sus firmísimos fundamentos... se hacen superiores a cualquiera consideración particular en favor de los atormentados...»; siguen instrucciones muy detalladas de cómo aplicar la tortura, determinando el número de testigos, cuándo debe ser repetida y demás disposiciones (Vid., al respecto, JOBIM, *La inquisición portuguesa y la Ilustración: El Proyecto de reforma de Melo Freire*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición Española*, ed. J.A. Escudero, Madrid, 1989, p. 792, nt. 23).

(62) LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas* (Madrid, 1782), Cap. V, ns. 21 a 23.

«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* (63). El ya citado P. Zevallos alababa la utilidad y justicia de la tortura, aunque con tímidas concesiones a sus detractores (64). 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» (65).

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 bienes (66), se les marcaba en la frente una Q con un hierro al rojo (67); 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, mutilación (68)—. El derecho de las Recopilaciones generalizó las penas de confiscación, destierro, azotes y mutilación (69).

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 confesaba

(63) 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* (1964), pp. 26 y ss.; GACTO, *Aproximación al Derecho Penal de la Inquisición*, en *Perfiles*, cit., pp. 176 y ss.

(64) E. P. ZEVALLOS reputa útil el tormento, porque sirve para purgar la infamia de los torturados que son hombre 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].

(65) MARTÍNEZ DÍEZ, *La tortura judicial*, cit., pp. 292-293.

(66) Part. 7, 17, 6.

(67) Nov. Recop. 12, 28, 8 y 9.

(68) Part. 7, 28, 2 a 5.

(69) Ordenanzas Reales de Castilla 8, 9, 2.

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 constituían sino contraposiciones insalvables (70).

Contra la tortura se había escrito bastante desde S. Agustín y Luis Vives (71), 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 tormentos (72). 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» (73). Empero, el pensamiento del Padre Maestro dista mucho de ser paladinamente claro al respecto (74) y, sobre todo, se muestra muy lejano del de su discípulo y amigo Fray Martín Sarmiento.

(70) TOMÁS Y VALIENTE, *La última etapa*, cit., pp. 107 y ss.

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

(72) 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. Diranme que ésta es una nueva paradoja. Confiésolo, pero si no me engaño, verdaderísima» (Cfr. *Obras escogidas de Feijoo*, en B.A.E. T. LVI, pp. 289 y ss.).

(73) MARTÍNEZ-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).

(74) 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. 72, p. 264).

En efecto, la protesta de Sarmiento sobre la aplicación de la tortura judicial es mucho más airada y, podríamos decir, atrevida que la formulada 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 conjunto (75). 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» (76); deben rechazarse los juramentos como elemento probatorio (77); en consecuencia, prefiere la prueba testifical (78). 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 irreparables (79). Como medio que se debe seguir para indagar la verdad de los hechos, Sarmiento —que como el mismo se

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

(76) SARMIENTO, *Obra de los seiscientos sesenta pliegos*, Col. Dávila, fol. 270 r. A continuación pormenoriza sobre las modalidades del tormento utilizadas en su época en 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 ya prohibido. Esto es entre *Particulares*, pero entre *Príncipes independientes*, es el modo 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 *Pruevas* por *agua* o *Hierro*, además de ser falsas, como la del Duelo; y aver mil modos de tergiversarlos eran *supersticiosos*, y tentativas de la Omnipotencia divina, para que hiciese milagros» (fol. 271 r.).

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

(78) *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 riqueza, Espada y en Vana *alzada*. Con tres ó quatro 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*».

(79) «El tormento es el medio más falaz, y dicen que el rey de Prusia le prohibió. Y 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 castigue esa injusticia; y remedie esos daños» (folio 272 r.).

preocupa en señalar no habla como jurisperito (80)— rechaza la intimidación y postula por la prevención que se manifiesta en la represión de la avaricia y de la ociosidad (81), todo ello merced a la aplicación de un aparato legislativo útil, claro, sencillo y preciso (82).

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 defendibles (83). 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 incontroversibles. 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 anteponían y anteponen lo político, lo eficaz, a lo ético-jurídico.

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 mi-

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

(81) «Dícese 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.*).

(82) «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 Motesquieu, Sarmiento define a la ley: «conforme a Régla; norma justa y aquí, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue *in bonum*, que retraiga 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*, cualquiera la entendera. 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.).

(83) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, página 175.

nucioso 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 opiniones (84). 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» (85).

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» (86). 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 víctimas (87). 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 mantenimiento (88). Lardizábal, sin duda el más conspicuo representante del iluminismo español en el ámbito jurídico-penal (89), se mostró favorable a

(84) 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).

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

(86) MONTESQUIEU, *De l'esprit*, cit., lib. XV, cap. IV. Sobre el tema, vid. GRAVEN, *Les conceptions pénales et l'actualité de Montesquieu*, en *Rev. de Droit Pénal et de Criminologie* (Bruselas, 1949), pp. 161 y ss.

(87) ROUSSEAU, *Du contrat social*, cit., lib. II, cap. V.

(88) 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.

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

la punición capital (90), dirigiendo incluso acerbos críticas a los abolicionistas (91). 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» (92). 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 precavén 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, precavé la de otros innumerables» (93).

A la vista de lo expuesto, no podemos mostrarnos concordes con Martínez-Ruisco, cuando afirma que «los textos en que apoya —la pena de muerte— afloran serias dudas que pudieran interpre-

(90) 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. LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas contrahído á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, II, 4).

(91) «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.*, I, 5).

(92) «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).

(93) FEJOO, *Teatro Crítico Universal*, cit., T. VI, *Paradojas políticas y morales*, *Paradoja tercera*.

tarse como vacilaciones o, al menos, debilidad en su actitud al respecto» (94), 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 abolicionista» (95). Por contra, se muestra mucho más atinado en la captación del sentir feijoniano en punto a la penal 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» (96). 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 crítica *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 por 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...» (97).

En la gigantesca obra de Fray Martín Sarmiento, a quien va consagrado este modesto trabajo, 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 los seiscientos sesenta pliegos*, de manera concreta en el volumen 3.º, folios 225 y 226:

«Los Estados florecientes de la antigüedad tenían puesta pena de muerte a los ociosos; pues no ygnoraban que la ociosidad era *madre* de todos los vicios; y entre ellos de los Vicios de pena ca-

(94) MARTÍNEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijoo* (Orense, 1973), página 61.

(95) *Ibid.*, p. 63.

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

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

pital... No tengo el *jenio cruel*. Sé que si los ociosos en España yncurriesen en *Pena de muerte* se despoblaría toda ella... (98). 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*. Quitéense enhorabuena estos maldados *denmedio de la sociedad*.

Se han de colocar en donde por toda su vida, *nocere non possint*; y trabajen en utilidad de la República; pero *catenati* como dijo Floro (99). Los Antiguos los condenaban a las canteras, a las minas, a los grandes edificios públicos, a los Caminos Reales, a limpiar *puertos* (100), etc., y a *Islas Desiertas*, o mal sanas (101). Si desde que se descubrió América se hubiese pensado en este *arbitrio* se ubieran utilizado muchos de los a Justiciados; y otros que se debían ajusticiar. Oy estaría más poblada la América y no estaría España tan poblada de Ociosos y Gitanos».

Dentro del iluminismo hispano, la originalidad de Sarmiento al pedir la supresión de la pena de muerte es palmaria. Para compren-

(98) Sin duda, el P. Sarmiento tenía conocimiento de la severísima legislación de Enrique VIII contra la vagancia, cuya aplicación en Inglaterra determinó la ejecución durante su reinado de no menos de 7.200 personas, en proporción de unas 2.000 por año (Cfr. HUME, *History of England*, s. f., vol. II, p. 230). Por lo que hace a España, tuvimos en el siglo XVIII disposiciones duras como la que en 1748 ordenó se prendiera a todos los gitanos del reino, siendo encerrados en arsenales y presidios en número cercano a los 10.000 (Vid., a este respecto, ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., página 605).

(99) 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.

(100) 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 schiavitá per condanna*, en BIDR 42 (1934), pp. 219 y 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), pp. 1 y ss.; ID., *Las explotaciones mineras en la Galicia romana*, lección magistral pronunciada en el Centro Regional Asociado de la UNED con motivo de la apertura solemne del Curso Académico 1991-92 (Pontevedra, 1992), páginas 15 y ss.

(101) Con todo, la *deportatio in insulam*, condena que reemplaza desde la época del emperador Tiberio a la interdicción del agua y del 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 medio-cria* (P.S. 5, 17, 2; D. 48, 19, 2, 1).

der 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 Feijoo (102). Y es que, como ha señalado González López (103), 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 más años 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 nuestro (104); de ahí que, las consideraciones de su autoría en punto al tema que nos ocupa sólo puedan contemplarse dentro de 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» (105). 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 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 relucante 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 semejante (106), fue refutada ya en su tiempo porque lo mismo podría decirse de las demás penas (107) y porque el freno más poderoso para come-

(102) Acertadamente dice PENSADO: «Son tantas as diferencias que os separan, ou quezáis mais, que as semellanzas que os unen. Si se examinase debidamente o pensamento de cada un deles ollaríamos que son enormemente diferentes, e o único que nos quedaría por vencellados serían uns fortes nós de afeito e amizade (Cfr. *Feijoo e Sarmiento. Duas vidas en pasado*, en *Grial*» 60 (1978), p. 129.

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

(104) PENSADO, s. v. *Sarmiento*, *Fray Martín*, en *Gran Enciclopedia Gallega*, T. XXVIII, p. 83.

(105) Vid. la nt. 92.

(106) BECCARIA formula la tesis de 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., XXVIII).

(107) ANTÓN ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., p. 598.

ter los delitos no es tanto el espectáculo momentáneo de la muerte del reo (108), como el ejemplo continuo de un hombre privado de libertad. 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» (109), Sarmiento, por su parte, no cree únicamente en la intimidación: «lo que se da lugar no es al escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo género. Sólo es espantar moscas que cien veces espantadas, cien veces vuelven a ser moscas y a picar». El fundamento, para él, 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 condenados: «Se han de colocar donde trabajen en utilidad de la República». Y añade un párrafo en favor de la deportación —en la que se pensó varias veces en este siglo sin que nunca se llegase a realizar—: «Si desde que se descubrió América se hubiese pensado en este arbitrio, se hubieran utilizado muchos ajusticiados y otros que se debían ajusticiar y hoy estaría más poblada la América y no estaría España tan poblada de ociosos y gitanos». Su argumentación es semejante a la de Bentham y los utilitaristas ingleses (110), sólo que con la particularidad hartamente 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 un criterio utilitario: el hombre muerto no sirve para nada y los suplicios inventados para 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 ingleses en 1788 (111), die-

(108) 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 intimidativa. 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, constituía una fiesta repugnante y desmoralizadora acerca de su 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., páginas 140 y ss.).

(109) BENTHAM, *Theorie des peines et de récompenses*, T. II (París, 1818), página 16.

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

(111) La colonización británica de Australia se inició en 1788 con los «convicts» del capitán Philipp, en Port Jackson (Sydney). En efecto, para resolver las dificultades

ciséis años después de la muerte de Sarmiento; es Concepción Arnal quien rechaza el establecimiento de colonias penales similares en 1895 (112).

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 sarmientanas (113). 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 cuenta de su consabida puesta al día en lo que atañe al pensamiento ilustrado francés (114). 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 sociedad que un cadáver (115), 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

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 otros, 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, 1973). El mismo destino tuvo la Guayana Francesa que de 1794 a 1805 fue lugar de deportación.

(112) CONCEPCIÓN ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, en *Obras completas*, T. X., (Madrid 1895).

(113) 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 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).

(114) 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 hueras 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» (*Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 158).

(115) TOMÁS MORO, *Utopía o tratado de la mejor forma de gobierno*, trad. esp. (Madrid, 1790).

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 excesiva 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 corrientes (116).

(116) 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 casi 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. Julián Marías, Madrid, 1958, p. 57).