

## A ORIXINALIDADE DO PENSAMENTO XURÍDICO-PENAL DE FR. M. SARMIENTO\*

Luis Rodríguez-Ennes  
Catedrático de Dereito Romano e  
Decano da Facultade de Dereito da Universidade de Vigo

### SUMARIO

I. O marco histórico: A Ilustración.- II. Aproximación a figura de Fr. Martín Sarmiento.- III. Situación do Dereito Penal no século XVIII.- IV. Posición do P. Sarmiento fronte a tortura e a pena de morte.

### I

No século XVIII Francia non tiña un rei do talle dos mellores déspotas ilustrados, pero tiña unha clase media poderosa e era o punto onde partían os raios das «luces». De seguido, ó Sur, ficaba España, in mellorablemente ubicada, en virtude desta vecinanza, para recibir o influxo do concepto laico da vida. Pero España era a nación que, dende facía séculos, tiña mantido co maior tesón a relixión católica no seu chan e que a sostivo co seu ouro e a súa sangue no extranxeiro. Era tamén a nación onde os comerciantes e industriais foron perdendo importancia, dende o século XVI; mentres a súa nobreza -unha das mais fahendosas de Europa- conservou a totalidade das súas terras. Todo semellaba indicar que -malia a estar tan perto das luces- España non se vería iluminada por elas (1).

---

\* Relación presentada no Congreso Internacional *Fr. Martín Sarmiento no Terceiro Centenario do seu nacemento* (Santiago de Compostela maio-xuño de 1995).

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

«Cunha teima as veces alporizante -dí SARRAILH (2)- a crítica europea ten descrito a España como un país esencialmente discordante no concerto universal». Pero non soamente extranxeiros adoptaron a posición negativa, ORTEGA Y GASSET apunta: «cuanto más se medita sobre nuestra historia, más clara se advierte esta desastrosa ausencia del siglo XVIII. Nos ha faltado el gran siglo educador» (3) e ARTOLA afirma: «sin temor de pecar de exagerados bien puede decirse que España no llegó a conocer siquiera el espíritu ilustrado» (4). Pola contra o devandito rector da Sorbona descubre con sorpresa no século XVIII «o pulo xigantesco dun fato de homes ilustrados e resultos con tódala forza do seu espírito, con todo o empuxe do seu corazón, que quixeron dar o seu país prosperidade e benestar, cultura e dignidade» (5).

Así as cousas, na nosa opinión, non se pode caracterizar un movemento tan complexo como a Ilustración en poucas frases, e cada historiador fai salientiar unha faceta distinta. Nembargantes, sen ánimo de entrar na polémica devandita o cal excedería -con moito- os lindeiros deste traballo, non hai dúbida de que, no século XVIII, España experimenta un fondo cámbio aínda que con menor intensidade e con nidio retraso verbo doutros países; e non é menos certo que, aquí, os ventos anovadores proviñeron do extranxeiro. Con todo, convén non esquecer que a transición do Antigo Réxime o mundo contemporáneo é unha das épocas mais críticas da historia de Occidente e ningún país europeo fica o abeiro das contradicións, que deixaba coexisti-las luces ideais das que se loubaba a centuria, cas reais das fogueiras nas que se facía morrer a herexes e meigas -a derradeira das cales foi queimada nada menos que en Suiza en 1782 (6) -e incluso a reos de fútiles delitos no Berlín de 1823, trinta anos despois da proclamación dos dereitos do home (7).

A Ilustración española participa do movemento xeral europeo do século XVIII, pero tivo o seu aspecto individual. Queda para os historiadores

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

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

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

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

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

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

sentenciar este pleito na súa totalidade. Aquí debemos limitarnos a observar un eido parcial, aínda que salienante porque constitúe o termómetro da vida dun pobo: o da xustiza criminal, para amosar uns poucos datos -pois a ocasión non permite mais- encol do pensamento verbo deste do egrexio Pai Sarmiento, cuías ideas en punto a necesaria reforma de noso ordenamento punitivo «sorprenden por su audacia» en dicir de FILGUEIRA VALVERDE» (8) e, a maior abundamento, conservan vixencia aínda que proveñan -cal é o caso do sabio bieito- de autores non xuristas. É claro que Sarmiento non actúa como un xurista profesional, nin tampouco como un conselleiro do lexislador, proponendo a éste un sistema por él artellado. A súa función é crítica. Él é un pensador ilustrado disposto a censura-las leis penais partindo dos supostos racionalistas da Ilustración (9). Él expón con rigor a convicción de ideas que flotaban no ambiente, o que despois chamóuse a ideoloxía penal da Ilustración, «manteniéndose constantemente dentro de la más severa ortodoxia» (10).

Ten sido lugar común entre penalistas españois (11) e divulgadores da obra do frade bieito, ter por precursor de Beccaria a Fr. Martín Sarmiento (12), abstracción feita da errónea datación da obra sarmientana que serviu de base para tamaño aserto (13), entendemos que pretender combati-lo que

- 
- (8) FILGUEIRA VALVERDE, *Ideas y Sistema de la Historia de Fray Martín Sarmiento, Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia* (Madrid. 1981) p. 39.
- (9) TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, p. 101.
- (10) O párrafo entrecomillado constitúe transcripción literal do pensamento de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento y el siglo de Feijoo* (A Coruña 1901) p. 158. Antolín López Peláez, que morreu en 1918 sendo arcebispo de Tarragona, metropolitano de Cataluña e primado das Españas, foi anteriormente preconizado para a diocese de Jaca. Durante a súa etapa de xuventude ocupou, por oposición, a coenguía maxistral da catedral lucense; lector empedernido, os seus afáns investigadores polarizáronse, meiradamente nesta época, encol de aspectos históricos da Igrexa de Lugo con esporádicas incursións as obras de Feijoo e Sarmiento. Con todo, compre deixar constancia de que na súa faceta de historiador foi un autodidacta e tiña o malo costume de non indica-la procedencia dos datos que aportaba (Cfr. LOPEZ VALCARCEL, s.v. *López Peláez, Antolín*, en GEG, T. XIX, pp. 160-161; para un elenco completo da súa produción bibliográfica, vid. *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, C.S.I.C., Madrid, 1972 s.v.).
- (11) Vid., por todos, ANTON 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) Tal idea comenzo a difundirse cando LÓPEZ PELÁEZ publicou un opúsculo titulado: *Un predecesor de Beccaria*, en *Revista Contemporánea* 552 (1898) pp. 413 ss.
- (13) A datación errónea ven de LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., pp. 157-158, onde afirma: «El que pasa por haber sido el primero que impugnó la pena de muerte (...) es el

RODRIGUEZ MOLINERO (14) chama «el mito de Beccaria» para substituílo por outro mito non leva a ningures (15). É sabido que Beccaria non creou a Ciencia do Dereito Penal, entre outras razóns, porque xa existía dende tempo atrás e polo demais, non se o propuxo Beccaria; non foi un científico-penalista, senón un reformista ilustrado, Sarmiento tampouco foi un penalista no senso arestora do término, senón un polígrafo preocupado de servi-la Monarquía (16). Porque non hai dúbida de que Sarmiento era «progresista» nun dobre senso, moi axeitados ámbolos dous o seu tempo; era un home que creía no proceso histórico do ser humano racional sobre da terra, e era por elo un

---

milanés Beccaria, pero su libro vió 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 realidade o título completo desta obra -segundo o propio autor- foi o 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 xigantesca obra de «verdadera Silva de Varia Lección Crítica», onde se trata e critica de todo o divino e humano, pero que no seu propósito inicial responde -e se responde- a un escrito dos Avogados da Coruña que pretendían demostrar que todo o atraso de Galicia era debido a Orde Bieita, dona e señora da metade do reino. Sarmiento comenza defendendo a súa orde e tentando demostrar a falsedade do escrito dos avogados coruñeses (Cfr. Fr. Martín Sarmiento, *testigo de su siglo, Discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1972-73*, Salamanca, 1972, p. 34). Polo que fai a datación, no limiar o vol. III da *Obra de los 660 pliegos*, fol. 3, Recto di: «En los números 3.526, 3.797, 3.849 y 4.421 señala escribía esta obra en el año 1764, y, f. 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*, B.N. ms. 20.392). O texto Sarmientano é, pois, posterior o de Beccaria.

- (14) RODRIGUEZ MOLINERO, *Origen español de la Ciencia del Derecho Penal* (Madrid 1959) p. 15.
- (15) Unha visión crítica desta pretendida anticipación sarmientana do pensamento de Beccaria atópase en GONZÁLEZ GUITIÁN, *¿Un predecesor de Beccaria?*, en *Estudios Penales y Criminológicos XI* (Santiago 1988) p. 60 ss.. Na súa opinión, segundo a cronoloxía exposta na nt. 13, no intre en que Sarmiento escribiu as súas liñas abolicionistas, non coñecía a obra de Beccaria. Se a ésto engadimos unha fonda diferenza de pensamento entre un e outro, hai que rematar negando o influxo directo de Beccaria sobor de Sarmiento. O texto deste -conclúe- está redactado con independencia do libro do célebre autor italiano (Cfr. *Ibidem*, pp. 73-74).
- (16) O respecto de Frei Martín ó Rey e indiscutible; as ácidas e cáusticas condenas son contra os intermediarios recaudadores, contra os burócratas e os cortesáns políticos, pero xamais contra o monarca. As súas demandas a Coroa son de atención para informala e pregar axuda. As inxustizas, aínda que non se poidan atribuir directamente ó soberano, son consecuencia do descoñecemento que éste ten verbo dos problemas que pesan sobre da nación e os seus súbditos (*Vid.*, o respecto, ALLEGUE AGUETE, *A Filosofía ilustrada de Fr. Martín Sarmiento*, Vigo, 1993, pp. 165 ss., con abundante profusión de citas textuais e bibliografía).

pensador consciente de que coas críticas profundas do presente empuxaba a realidade social hacia cambios anovadores e perfeccionadores. É, dito con máis precisión, un reformista, un dos abandeirados do reformismo ilustrado. E tampouco dos máis radicais. A súa sicoloxía, a súa personalidade e o seu pensamento rexeitaban todo extremismo. A xeito de conclusión sobor deste punto, opinamos que para enaltecelo non é convinte desfigurar e extralimitar unha personalidade egrexia tan ben definida.

## II

MOURE-MARIÑO, con expresivas verbas, afirma que «la figura más densa de saberes que en todo tiempo ha producido Galicia -el espíritu que buscó en más ramas y curiosidades, aquél que sintió la incitación de los más variados temas y problemas y, sobre todo, el que más estudió agavillando pasmosa erudición- fue el padre Martín Sarmiento». E conclúe: «al pronunciar su nombre nos parece que una figura de gigante emerge sobre la tierra gallega» (17). FILGUEIRA VALVERDE, pola súa banda, corrobora: «Leía siempre. Infatigable. Anotando con avidez cuanto los libros ofrecían al horizonte sin linderos de su sed de conocimiento. Leía para sí y para los demás, porque entregaba los fondos generosamente a quienes solicitaban de él información» (18).

Con todo, ese «no se qué de vida frustrada» que MARAÑÓN albiscaba en Sarmiento (19), aínda nos nosos días non o abandonou e semella como si sobre da súa egrexia figura gravitase un *fatum* que asombrece no presente a súa verdadeira dimensión. Percorreu o século XIX sen que o noso grande monxe non se lle dira a sona que debía, despois de que na súa vida e o longo de todo o século XVIII fora tan loubado (20). O século XX ten sido mais xusto

---

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

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

(19) Non nos resistimos a transcribir as lúcidas verbas de MARAÑÓN ó respecto: «Hay un no sé 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 Feijoó*, Madrid, 1941, p. 147).

(20) O embaixador de Venecia dixo diante de moitos, na súa derradeira despedida hacia Roma que «solamente llevaba el sentimiento de verse privado del P. Sarmiento, cuya ciencia no

con él, e malia hai aínda persoas que nada sobranceiro atopan nos seus escritos, outras outeñen e outemos da súa lectura grandes ensinanzas, grandes coñecementos verbo da evolución mental e incluso social de España nunha época importantísima e pouco coñecida a pesares de todo. Chegada é a hora de que -seguindo o imperativo marañoniano (21)-sexa pagada a débeda que España enteira ten contraída dende hai mais de douscentos anos co noso sabio beito.

Ninguén mellor que PENSADO para expoñernos os motivos de este plurisecular descoñecemento da *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. Parecieron ahogados entre un pasado de barbarie y aquel presente de charlatanería. Sólo unos raros amigos poco después de su muerte, se dedicaron a coger su colección de escritos (22). É o caso de que da súa obra inxente soamente viron a luz do prelo opúsculos diversos, de materias heteroxéneas (23). ¿Por qué se negou a publica-las súas obras? Acaso -como estáse a preguntar MOURE-MARIÑO (24) -porque os tempos nos que vivía non lle deixaban amosarse ca liberdade desexada? ¿Cecais por unha aptitude fachendosa? Na nosa opinión por unha concatenación de ámbalas dúas circunstancias. Polo que fai a primeira, tense apuntado: a repugnancia a suxeta-los seus escritos a aprobación da autoridade laical; a censura non sempre xusta e discreta dos superiores da Orde; o ter que esperar despois de escrito o libro «una cuarentena de semanas antes de que el impresor ponga la primera mano»; o suceder con farta frecuencia «que a mitad de impresión

---

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.*).

(21) Cfr. a nota 19.

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

(23) Percorridos mais de dous séculos do pasamento do P. Sarmiento aínda carecemos dun inventario fiable de tódolos seus escritos; a única posibilidade de acercarnos a un exacto deslinde da fonte mais primixenia dos seus textos é a chamada «Colección Medina Sidonia» (encol dos acaecementos padecidos por esta colección de manuscritos sarmientanos e sobor dos da súa copia posterior -a chamada «Colección Dávila»-. Vid. PENSADO, *Ibid.*, pp. 17 ss.).

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

se pone *nihil transeat*, se pone embargo y se da por perdido todo lo hecho» (25). En punto a súa fachenda, ante todo temos que convir en que Sarmiento é un home de sensibilidade pouco comunicativa (26). O P. Feijoo decíalle nunha 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» (27); pero, sobor de todo, Sarmiento desprezia a xeneralidade dos seus semellantes. No curiosísimo ensaio seu, *El Porque no y el Porque sí*, proclama sen ambaxes que «cree que Madrid, la flor humana de España, está poblada por cincuenta mil idiotas» e, polo tanto, non ve que sentido tén escribir (28); como ten posto de manifesto MARICHAL (29), é lóxico que Sarmiento lle dé a súa prosa, neste ensaio, un ar quevedescamente fustigador, como expresión da súa actitude de pechamento, postura ésta que enfróntase dun xeito salientable ca do seu amigo e mestre Feijoo (30).

---

(25) As frases entrecorilladas son de proxenie sarmientana e aparecen recollidas sen indicación da fonte concreta en LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento*, cit., p. 11. Transcribimos unhas declaracións que en epístola a Frei Mauro Martínez, fai verbo da súa decisión de non publicar, a propósito das mil desazóns que sofre Feijoo pola publicación do seu 5º Tomo: «A mi no me cogen ni me cogerán esas desarmes 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*, datada en Madrid o 21 de nadal de 1759. O texto da misiva aparece transcrito na *Ilustración Gallega y Asturiana*, T.I, pp. 262-263).

(26) Encol da súa sona dí él mesmo: «¿Quién habrá que tenga alguna noticia de mi persona que no esté imbuido al mismo tiempo de mil historias, 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». VICTORIA ARMESTO cingue esta aptitude a teima xeneralizada que «hay en nuestro país de retirarse, a enroscarse sobre sí mismo, a renunciar a toda posible gloria en aras no se sabe muy bien de qué» (Cfr. *Dos gallegos: Feijoo y Sarmiento*, p. 87). Para MARAÑÓN, «su aislamiento, su hosquedad 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).

(27) *Carta de Samos*, Setiembre de 1740.

(28) *Semanario de Valladares*, VI, SARMIENTO abondou sempre na mesma argumentación e así escribiulle a Armona que «España no está para imprimir, ni aún para saber, sino cada uno para sí mismo» (Cfr. *Carta a Armona de 15 de mayo de 1761*, en *Col. Dávila VI-VII*, fol. 46 r.).

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

(30) Feijoo -o contrario neste que o seu compañeiro de orde- é home de sensibilidade comunicativa, aspira a que os seus escritos sexan temporalmente operantes e como él mesmo dí «sacrifica su pluma al bien común» (*Ibid.* p. 149).

### III

Malia que non faltan autores como HERR, que afirman que o Dereito penal español do dezaoitto atopábase nun estado de verdadeiro caos (31), o certo é que a situación da xustiza criminal en España o longo da Idade Moderna e en particular no século XVIII, non difería en moito, e -en todo caso non era peor- ca do resto dos países europeos. O caos da lexislación era semellante. A mais sobranceira das compilacións ata o século XIX a constituían as Partidas. A ela engadíanse coleccións, como a Nueva Recopilación, nas que amoreábanse pragmáticas froitos das esixencias do momento.

O altísimo elenco de delitos era reflexo do estado de apodrecemento no que se atopaba a sociedade española. Aparecen as leis mais severas e ríxidas, nas que se castigan ca maior crueza non só os crímenes mais graves, senón ata feitos hoxe indiferentes para o dereito como os delitos de maxia e feiticeiría, que eran xulgados por tribunais especiais co rigor mais inhumán (32). Para loitar fronte á criminalidade desbordante daqueles tempos o poder social non vacilou en aplicar as penas mais crúas, incluso a morte, que se inflinxía a infraccións arestora de gravidade miuda, entre elas a do «terceiro furto», que se mantivo en case toda Europa ata vésperas da codificación. A pena capital iba acompañada de formas de agravación auténticamente arrepiantes nos delitos de estado. A historia e as crónicas locais téñennos deixado novas destas inhumáns torturas nos relatos tremendos da «coaresma viscontea», de Galeazzo Visconti II de Milán (33); da morte de Juan de Cañamás, de seguro tolo, executado en Barcelona no 1492 por rexicidio frustrado na persoa do Rey Fernando el Católico (34); de Ravaillac morto o 27 de maio de 1610 polo asasinato de Enrique IV de Francia (35); de Damiens, o 27 de marzal de 1757, por feridas febles causadas, sen ánimo homicida, ó rei Luis XV (36), do

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

(32) CUELLO CALON, *Derecho Penal. Parte General*. (Madrid 1953) p. 61.

(33) Descripción polo miudo deste infernal suplicio, en ROSSI, *Guicciardini criminalista* (Milán 1943) p. 65.

(34) BERNALDEZ, *Historia de los Reyes Católicos D. Fernando y D<sup>a</sup> Isabel escrita por el bachiller...* en B.A.E. LXX (Madrid 1953) pp. 567 y ss. Arrepía a descripción que o cronista fai da pena que lle foi imposta o traidor e a execución da mesma.

(35) Lembranzas do horrendo suplicio de Ravaillac, en RYLEY SCOTT, *The History of Capital Punishment* (Londres 1950) pp. 156-157.

(36) Foi semellante o suplicio de Ravaillac, empero trátase do caso mais coñecido mercede as acerbas críticas que sobor do proceso verquiu Voltaire dándolle ocasión para proclamar a

tormento e morte dos nobres portugueses Marqués de Tavara, dos seus fillos e da súa dona e do duque de Aveiro, conchabados no atentado contra o rei Xosé I, supliciados en Lisboa en 1758, en plena ilustración pombalina (37), e da terrible forma de execución reservada en Inglaterra para os condenados por alta traición que aínda estaba en vigor nos tempos de BENTHAM (38).

Polo que atinxe o noso país, os monarcas españois, imposibilitados polos seus propios intereses para realizar cambios substanciais na sociedade, limitáronse a dictar leis durísimas sen atacar directamente a causa que facía xurdi-lo mal. Exemplo delo é a pragmática dada por Felipe V o 23 de febreiro de 1734 que imponía a pena de morte para todo aquel maior de dezasete anos a quen se probara «haber robado 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 execución del delito»; e a mesma pena impúñase os cómplices, sen exceptualos nobres que non eran aforcados, senón agarrotados (39); se o ladrón cortesán era menor de dezasete anos e maior de quince a pena era de douscentos azotes e dez anos de galeras (40). Tamén amosaba severidade extrema o decreto que Carlos III dicta en 1769, pouco despois de subir ó trono, que imponía a forca polos furtos violentos, furtos de gando e incendios cometidos fronte ós colonos das poboacións creadas na Sierra Morena.

---

tódolos ventos de Europa as lacras do vello sistema, tan anacrónico promediado xa o século XVIII. Non nos resistimos a transcribi-las lúcidas verbas do sabio de Ferney: «No proceso dese fanático da toga -Damiens- probóuse que a súa intención non era mata-lo rei, senón inflinxirle unha lixeira corrección. O malpocado tiña sido fámulo no colexio dos xesuítas, colexio onde eu vin as veces ós escolares repartir pinchazos cos cortaplumas, e os fámulos devolvérlleos. Damiens foi, pois a Versailles con ese propósito, e feriu ó rei, rodeado dos seus gardas e cortesáns cun cortaplumas» (VOLTAIRE, *Memorias de su vida escritas por él mismo*, trad. esp. Manuel Azaña, Madrid-Barcelona, 1920, pp. 83-84). En punto ó tormento e morte de Damiens, *vid.* a detalladísima descripción tomada de documentos dos «Archives Nationales» de París, redactada por ANCHEL, *Damiens Tod*, en *Monatsschrif für Kriminalpsychologie* (1933) pp. 641 ss.

(37) Relación do suplicio recollida dun testígo presencial en GONZÁLEZ NANDIN, *Estudios sobre la pena de muerte* (Madrid 1872) pp. 72 y ss.

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

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

(40) *Ibid.* VIII, 11,7.

Malia esta lexislación inhumán, non diminuiu o número de furtos, «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» (41). Como ten sinalado TOMAS Y VALIENTE (42), tais pragmáticas, ó conter penas desproporcionadas, eran non só inefaces, senón contraproducentes. A praxe demostraba que ningún cidadán se atrevía a denunciar ó criado que lle tiña furtado algo na súa propia casa, pois ninguén tiña o ánimo tan duro como para condenar á morte a quen lle tiña quitado unhas moedas o uns cubertos de prata. Co cal o ladrón doméstico ou o ladrón da rúa que non empregara a violencia, sentíase fornecido e casi acougado pola opinión pública. Ademais, dado que esta lexislación confundía verbo da pena o furto simple e o roubo, parecía invitar ó ladrón a que empregase o procedemento que tivera para él mais garantías, xa que todos ofrecíanlle ó risco dun mesmo castigo; e así se lle inducía á violencia e incluso ó asasinato da vítima para que ésta non poidese declarar contra él (43). En resume, a lexislación borbónica proseguiu sendo anticuada, cun sistema de penas ríxido e bulrado na praxe decote e, por ende, sen proporcionalidade entre penas e delitos, cerne de toda lexislación penal (44).

---

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

(42) TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 360.

(43) Tamén MONTESQUIEU conta que «en Moscovia, onde a pena dos ladróns e dos asasinos é a mesma, asasinase sempre. Os mortos, dise, non falan». (*De l'esprit des lois*, Lib. VI, cap. 16).

(44) Parella situación prantexábase na Igrexa de fins do XVIII segundo infírese das observacións tomadas *in situ* por MIRABEAU: «A primeira cousa que chama miña atención no exame das leis penais inglesas é que entre as diferentes accións que os homes están obrigados a facer decote, hai cento sesenta que un acto do Parlamento ten declarado crimes capitais e irremisibles, é dicir, que deben ser castigados ca morte. Cando se busca a natureza dos crimes que compoñen este formidabile catálogo, atópase que son só unhas faltas apenas merecentes dunhas labazadas, mentres que omiten as maldades de natureza mais arrepiante. O roubo mais sinxelo cometido sen ningunha sorte de violencia é tratado as veces como o crime mais enorme. Descarrear unha ovella ou un cabalo, arrincar algunha cousa das mãos dun home e botar a correr, roubar coarenta chelíns nunha casa na que se mora, ou cinco nunha tenda, tomar da faltriqueira dalgúns o valor de doce peniques, son outros tantos crimes merecentes da morte, o paso que non se xulga digno da pena capital unha falsa testemuña que ameazaba a testa dun acusado, nin un atentado sobor da vida, aínda que fose a dun pai. A multa e o cárcere son a soa expiación que se esixe de aquel que

A necesidade de reforma-las leis penais evidenciábase a tódolos que estaban vencellados cas tarefas xurídicas. SEMPERE di: «Nuestros tribunales y el Ministerio están llenos de abogados que conocen los vicios de nuestros códigos y que desean remediarlos» (45). E é que os sistemas punitivos que perseguen como fin único ou sobranceiro a intimidación, desorbítanse facilmente. Perante o fracaso do castigo polo delito anterior que amosa o novo, crése na febleza do rigor, polo que semella lóxico aumentalo e así sucesivamente (46). Daquí a necesidade de alonga-la escada das penas por enriba da morte creando sobor da simple privación da vida suplicios longos e adoecidos, con forza de intimidación para aqueles que teñan en desprecio a súa existencia (47).

Fronte esta lamentosa situación do ordenamento punitivo, cuia contradicción co desenrolo cultural da época era palmario, reaccionou unha morea de pensadores as opinións dos cales contribuíron poderosamente á reforma da lexislación penal en diversos países. Sería dende logo interesante un estudio comparativo das ideas penais da Ilustración. Non pode ser tan ambiciosa nosa aportación na que limitaremos a afondar no pensamento dos autores que deixaron a súa impronta no ideario punitivo sarmientano.

A recepción do «iluminismo» penal en España tivo, como noutros países, por vehículo a cativa grande obra do MARQUÉS DE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (48). Este libro, de reducidas páxinas é de enorme

---

apuñalou a un home da maneira mais crúa, sempre que despois dun longo padecemento lle reste a este malpocado suficiente vida para arrastrar unha existencia feble e doente. Tampouco a pena é mais severa contra o incendiario, sempre que teña pasado escritura da casa que queima, aínda cando ésta esté ubicada no centro da cidade, e por conseguinte a vida dalgúns centenares de cidadáns se expoña a morrer no lume» (Cfr. *Observations d'un voyageur anglais sur Bicetre*, 1788).

(45) SEMPERE Y GUARINOS, *loc. cit.* en nt. 41, p. 117.

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

(47) En data tan tardía como 1780, MUYART DE VOUGLANS, *Conseiller au Grand-Conseil de Francia*, describe, sen perdoar detalle, cinco clases de pena de morte dende a «mais rigurosa» ata a «mais favorable ó reo». I) o descuartizamento por tiros de cabalos; II) o lume, III) a roda; IV) a forca; V) a degolación (Cfr. *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, París, 1758, p. 58).

(48) O libro sae do prelo en 1764, en Livorno. A primeira edición é anónima por medo os atrancos que poidera proporcionarlle a súa publicación en Milán. O éxito foi fulminante: as edicións sucedíronse axiña (seis en dous anos) e derradeiramente coñecéuse o nome do autor. Os

sona (49), non é un tratado de materia criminal, é ante todo unha ardente acusación contra a barbarie do Dereito penal do antigo réxime, lanzada no intre crítico con fortuna sen par, sintetizando ideas que estaban no ambiente e que o autor reconece modestamente deber na súa meirande parte ós filósofos franceses. Sen maior orixinalidade, VOLTAIRE insistiu sobor dos mesmos tónicos, fornecidos polas galas literarias e a arma, sempre poderosa, da ironía (50). Con todo, en 1762, dous anos antes da saída do prelo do libro de Beccaria, ve a luz *Du contrat social* de J.J. ROUSSEAU, cerne do pensamento beccariano (51) e que pola súa enorme difusión (52), contribuiu a espallar ideas -como as atinxentes ó fundamento das penas -que logo repetiría o marqués italiano.

Beccaria recolle estas críticas contra a xustiza do Antigo Réxime e, o que é mais salienante, prantexa un programa de reformas que ten ido imponéndose nas lexislacións, a traveso dos monarcas do despotismo ilustrado. Se lle ten negado a orixinalidade baseándose en que as súas ideas

enciclopedistas franceses expresaron o seu entusiasmo, e en 1766 foi posto en francés polo abate Morellet. O libro tradúcese a tódalas linguas 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).

- (49) Encol de Beccaria e a súa 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. II (Milán 1906) p. 550 ss.; LANDRY, *Cesare Beccaria. Scritti e lettere inedite* (Milán 1910).
- (50) Verbo de Voltaire e Beccaria, pode verse: *Commentaire sur le livre des délits et des peines (de Beccaria) pour un avocat de province*, en VOLTAIRE, *L'affaire Calas et autres affaires* (Paris 1975, p. 257). Sobre da actividade de Voltaire encamiñada á reforma da lexislación, vid.: MAESTRO, *Voltaire and Beccaria as Reformers of Criminal Law* (Nueva York 1942).
- (51) Para ROUSSEAU, os homes, cansos de vivir decote nun estado de guerra, sacrificaron unha parte da súa liberdade para goza-la restante en segura tranquilidade. O complexo de todas estas porcións de liberdade forma a soberanía dunha Nación. Pero non abundaba formar este depósito; era necesario defendelo das usurpacións privadas para evita-las cuais necesitábanse motivos sensibles. Estes motivos sensibles son as penas, porque a experiencia ten demostrado que a multitude precisa deles para compensa-los pulos parciais que se opoñen ó ben universal. Foi a necesidade o que obrigóu ós homes a ceder parte das súas liberdades, e é certo que cada un non quere por en depósito publico senón a porción mais miuda que sexa posible. O engadido de todas estas porcións cativas de liberdade posibles forma o dereito de castigar: tódolo demais é abuso e non xustiza; é feito e non dereito (ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Paris, 1954, *Passim*).
- (52) Probablemente non houbo outro autor estranxeiro que fose tan ben ne tan xenerosamente acollido ó sur dos Pirineos na segunda metade do século XVIII (Encol do tema, Vid: SPELL, *Rousseau in the Spanish World before 1833*, Austin, 1938, pp. 20 y ss.).

constituían lugar común entre os iluministas (53); pero xa abonda con haber sabido recoller e concretar un ambiente ideolóxico, convertíndose en símbolo dunha nova época. A súa pretendida ausencia de orixinalidade non pode erixirse en demérito se temos en conta que expón o ideario dos filósofos galos cunha sinxeleza e senso común que non é o menor dos seus encantos. Outro é o de saber transmitir polo miúdo súas nidias e rexas coviccións sobor do fin e dos caracteres da pena. Pero ningún dos que tiñan escrito denantes dél contra os abusos xurídicos o fixo dun xeito tan doado e sobor de todo nunha conxuntura histórico-cultural tan propicia e esto explica o sorprendente éxito do seu libriño e a sona que proporcionou ó seu autor (54). En dicir de TOMAS Y VALIENTE: «cuando un libro tiene tanto éxito es porque dice aquello que muchos querían leer y que otros muchos temían ver escrito (55).

No ano 1774 -só dez despois da súa aparición- o público español tiña a súa disposición unha traducción (56), cando xa moitos ilustrados a coñecían a traveso dalgunha das edicións italianas ou francesas (57). O Consejo de Castilla non estaba seguro da acollida que obtería a obra e mandou poñer un aviso na portada advertindo que se tiña permitido a publicación «sólo para la ilustración pública sin perjuicio de las leyes del Reino». O limiar do traductor facía a mesma observación e iba seguido dunha protesta: se o libro se opuña en algo ó sentir da Igrexa ou as regalias del rey desde luego con toda sumisión y respeto lo detestamos».

---

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

(54) DELVAL, *op. cit.*, en nt. 48, p. 11.

(55) TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 103.

(56) CESARE BONESANA, MARCHESE DE BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido del italiano por Juan Antonio de las Casas (Madrid 1774). Seguen as de 1820 (Madrid) e 1821 por Juan Ribera (Madrid, Villalpando) e a de 1822 publicada en París, reeditada en 1828. Outras versións casteláns sairon do prelo en 1851 e 1870. En 1930 (Madrid) publicase a traducción orixinaria cun estudio preliminar de Saldaña no que se analizan as influencias de Montesquieu sobre Beccaria, deste sobre Lardizábal, etc. En Bos Aires, 1958, publicouse unha traducción por Sentís y Ayura con limiar e notas de Calamandrei. Mais recentemente a traducción de Jordá Catalá (Barcelona 1833) cun estudio de Venturino encol das reaccións en Italia e Europa xurdidas co galo da publicación e, derradeiramente, a edición a cargo de Delval, xa citada.

(57) O tratado de Beccaria era coñecido en España denantes de que aparecera a súa traducción. En 1770 é citado por Alonso de Acevedo, en *De reorum*, como apoio da súa tese condenatoria do tormento. Semella que igualmente Jovellanos coñecía o libro denantes da súa aparición en castelán (Mais detalles verbo deste en DELVAL, *ibid.*, P. 169).

Sen embargo, tanto as protestas do traductor como o seu intento de presenta-la obra nos seus eidos menos perigosos e mais tolerables para a clase dominante, serviron de ben pouco. O libro obxecto de durísimos ataques polo estamento clerical, foi prohibido por edicto da Inquisición de 20 de xuño de 1777 para toda clase de lectores. Empero, malia a condena inquisitorial que pesaba sobre dél, non foi prohibido polo poder civil e continuou circulando. O indicio é inequívoco. Tolérase que se espallen unhas ideas que moitos califican de nefastas e perigosas; pero deixase a salvo a continuidade e inamovibilidade do sistema legal vixente. Deste xeito se actuou xa que o desexado Código Penal non viu a luz ata percorrido medio século.

E é que en España, salvo o miudo círculo de ilustrados, a tradición mantiña o seu imperio. Esforzáronse moito os pensadores iluministas da segunda metade do século XVIII en España, empero, a resistencia dos xuristas e dos intelectuais tradicionalistas foi superior os seus anhelos e traballos en moitas ocasións e en terreos tan fundamentais como os que rematamos de ver (58). A Inquisición era conscinte da súa incapacidade para impedir que os libros prohibidos se continuaran lendo; con todo, varios escritores arrogáronse a tarefa de rexeita-los erros que contiñan, unhas veces recorrido a traducción de apoloxistas católicos franceses (59), outras poñendo a proba as súas facultades pessoais para loitar fronte os «philosophes» (60). Sería

---

(58) TOMAS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, cit., p. 109.

(59) En 1765 el *Mercurio histórico y político de Madrid*, publicou unha traducción da obra que escribiu OMER JOLY DE FLEURY, rexeitando as ideas de Rousseau, particularmente o seu *Emilio*, por «sus principios impíos y abominables contra la religión católica y contra J. J. su autor» (Cit. por SPELL, p. 43). Entre 1769 e 1771 un dos predicadores do rey, o P. RODRIGUEZ MORZO, traduxo dúas impugnacións dirixidas a Voltaire, ó que consideraba -xunto a Rousseau- «enemigos in primo capite de la Sociedad, del Alma, de Dios y de la Religión». Trátase de dúas obras fundamentais do abade NONNOTTE, un dos apoloxistas do Antigo Réxime que exerceu unha influencia mais poderosa en España. A primeira titúlase: *El oráculo de los nuevos filósofos. M. Voltaire impugnado y descubierto en sus errores por sus mismas obras* (Madrid 1769-1770). Na segunda engádesse o título: *Con la refutación del Emilio o Libro de la educación de Juan Jacobo Rousseau. Los errores históricos y dogmáticos de Voltaire* (Madrid 1771-72). Especialmente importante é o énfase no carácter politicamente subversivo da Ilustración; así «los filósofos son los enemigos más envenenados de los soberanos, que los pintan con los colores más negros, que los representan ya arrancado el pan de las manos de los pobres, permitiendo y también mandando el hurto, los cohechos y las injusticias; ya como tiranos que detestan y oprimen la verdad» (pp. 54-55). A obra central na que se compendia ese labor subversivo é a *Enciclopedia* que non é, en realidade, senón «robos, plagios y máximas atrevidas contra la religión y contra el Estado» (p. 237).

(60) O mais sobranceiro foi o frade xerónimo FERNANDO DE ZEVALLOS, discípulo de Nonnotte, autor de *La falsa filosofía o el ateísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas*

fácil amosar mais exemplos desta reacción contraria ó reformismo en cuestións penais (61), pero coidamos que co devandito abonda para mostrar que os enemigos das «luces» recorrían os textos franceses na procura de pertrechos ca mesma falta de reparos que os partidarios delas.

Tódolos apoloxistas españois estaban dacordo en que os novos filósofos eran perigosos para o trono e o altar e aínda que non se atopan indicios de que existisen en España persoas que atacasen o altar e o trono, o certo é que a pechazón tradicionalista amoreóu os atrancos tradicionais, é sobor de todo, administrativos para paralizar unha codificación penal cuio progresismo non podía ser moi radical. O desexado triunfo da razón tardóu en producirse entre nos. As reformas punitivas mais sobranceiras só serán implantadas nas Cortes gaditanas; a Inquisición sufrirá durante o primeiro tercio do século XIX as alternativas derivadas dos avatares políticos; e o primeiro Código Penal de 1822, elaborado durante o trienio liberal só vivirá efimeramente, pois foi derogado xustamente ó día seguinte da súa promulgación, co inicio da derradeira década absolutista de Fernando VII.

---

*de crimen de Estado contra los soberanos y sus regalías, contra los magistrados y potestades legítimas* (Madrid 1775-76, 6 tomos). É un embrollo de argumentos repetidos -a meirande parte das veces- con apariencias distintas onde con estilo farragoso acusábase de sediciosos e libertinos e case tódolos filósofos. O que non deixa de sorprender e que tamaña obra esté adicada a un dos mais egrexios ilustrados: o marqués de Campomanes, para denunciar perante dél «los males públicos que pueden nacer de unos sistemas y proyectos impíos que unos hombres vagantes, llamados filósofos, conciben en la oscuridad y podredumbre de su ocio». Malia o moito que se cita a frei Fernando de Zeballos, soamente MENENDEZ PELAYO fixo un certo esforzo de investigación verbo desta conspicua figura da reacción antiilustrada. Na súa opinión: «Su vida fue una continua y laboriosa cruzada contra el enciclopedismo en todas sus fases, bajo todas sus máscaras, así en sus principios como en sus más remotas derivaciones y consecuencias sociales; en esta gloriosa obra el padre Zeballos va ordenando y trabando en un haz todos los desvaríos que venían de Francia y levanta enfrente de ellos una síntesis suprema, expresión de la verdad católica en todos los órdenes y esferas del conocimiento». (Cfr. *Historia de los heterodoxos españoles*, Santander, 1947-48, pp. 405,423). Unha breve, pero afervoada exposición de Zeballos, atópase en SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento político del despotismo ilustrado* (Madrid 1953) pp. 262-265.

(61) Para unha exposición exhaustiva desta cuestión, remitome a interesante monografía de HERRERO, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español* (Madrid 1988).

## IV

Aínda que as características da lexislación penal española non difieren esencialmente das extranxeiras (62), nosa xustiza criminal foi menos crúa. CERDAN DE TALLADA aseguraba no século XVI a moderación da de Castela en comparanza ca francesa (63). Non se amosa no noso ordenamento punitivo o suplicio da roda, xeneralizado por case toda Europa (64). Sen ir mais lonxe, o regulamento pombalino portugués de 1774 admite a tortura para supostos de herexía e dogmatismo (65). Aínda cando LARDIZÁBAL escribía a fins do XVIII que a morte polo lume e as saetas deixou de empregarse na nosa patria, mentres a roda, o descuartizamento de seres vivos e o aceite fervendo tiñan sido utilizadas todavía nalgunhas nacións cultas (66), é indubidable que, por aqueles tempos, a chamada «cuestión del tormento» seguía aínda sendo obxecto de alporizada polémica. En efecto, cando o século esgotaba as súas últimas décadas, un coengo de Sevilla, PEDRO DE CASTRO, defendía o emprego da tortura nunha enérxica 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* (67). O devandito P. ZEVALLOS

- 
- (62) GARÇON fala dun dereito penal común ós estados europeos durante a Idade Moderna que nos seus rasgos xerais atópase na antigüidade pagana (Cfr. *Le droit penal*, Paris, 1922, p. 59).
- (63) CERDAN DE TALLADA, *Verdadero gobierno de esta Monarquía tomando por su propio sujeto la conservación de la paz* (1581), fol. 70. PEÑA, no comentario a obra de EYMERICH, inclínase polos instrumentos tradicionais españois fronte ós tormentos novos que se idean no extranxeiro, xa que eso é máis propio de *carnificium et crudelium quam consultorum et theologorum* (Cfr. EYMERICH, *Directorium inquisitorium... cum commentarios Francisci Pegnae*, Roma 1587, p. 594).
- (64) PETERS, *La tortura*, trad. esp. Néstor Míguez (Madrid 1987) pp. 92 ss.
- (65) Para xustifica-lo seu emprego contra quen haxa «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...»; seguen instrucións moi polo miúdo de cómo aplica-la tortura, fixando o número de testigos, cando debe ser repetida e demais disposicións (Vid. o 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. 729, nt. 23).
- (66) LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas* (Madrid 1782), Cap. V, ns. 21 a 23.
- (67) Publicado en Madrid en 1778. Encol da chamada «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*,

loubaba a utilidade e xustiza da tortura, aínda que con tímidas concesións ós seus detractores (68). Convén lembrar derradeiramente, que o Ilustre Colegio de Abogados de Madrid amosábase no 1778 favorable ó emprego do tormento como institución procesal penal estimándola «justa, útil y necesaria» (69).

Se ésto tiña lugar nos anos finiseculares, ¿Cál sería a situación na primeira metade do XVIII? A dureza da lexislación era manifesta para o que hoxe non pasan de ser delitos fútiles ou, incluso, nalgúns casos, meras infraccións morais sen trascendencia punitiva: Ós bigamos, ademáis da confiscación dos seus bens (70), marcábaselle na fronte unha Q cun ferro candente (71); para a blasfemia, as Partidas estableceron un sistema que iba dende o embargo de bens ós nobres e burgueses ata unha morea de penas impostas ós homes viles -azotes, marca, mutilación (72)-. O dereito das Recopilacións xeneralizou as penas de confiscación, desterro, azotes e mutilación (73).

A tortura tiña unha importancia desmedida como medio de coñecemento da existencia de culpabilidade, constituía un instrumento coercitivo cuio fin

---

en *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho* (1964), pp. 26 y ss.; ésta, xunto con outras investigacións do a. verbo do tema, aparecen recollidas no seu libro: *La tortura en España*<sup>2</sup> (Barcelona 1994); GACTO, *Aproximación al Derecho Penal de la Inquisición*, en *Perfiles*, cit., pp. 176 ss.

(68) O P. ZEVALLOS di textualmente: «Nada hay tan útil como la tortura para el esclarecimiento de cualquier caso, pues ofrece la inestimable ventaja de romper el carácter del reo; la tortura se ordena para que en ella se quebrante la contumacia del acusado y queda más dócil y fácil a entregar el secreto que guarda injustamente». Sen embargo, rexeita a tortura aplicada non o presunto culpable, senón a outros para que digan o que saiban sobor do verdadeiro delincente, pois, razona él, «no es delito conocer al reo de un delito». (Cfr. *La falsa filosofía* cit., V (1775) pp. 367 y ss).

(69) No dictamen do devandito Colexio engádese: «Y aunque no falte caso en que uno u otro inocente haya confesado el delito que no cometió y periculado afrentosamente a causa de faltarle constancia en el tormento para afirmar su inocencia, este daño particular no debe preponderar de ninguna manera al beneficio común, de que fueron y han sido muchos los malvados que experimentaron por él su merecido castigo». Verbo deste texto, vid: MARTINEZ DIEZ, *La tortura judicial*, cit., pp. 292-293; moi recentemente, TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, cit., pp. 128 y ss.

(70) Part. 7, 17, 6.

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

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

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

era obte-la confesión do reo. Todo o andamiaxe está artellado en orde á consecución da proba perfecta: a confesión do acusado. Pois, en efecto, se ésta non xurde espontáneamente, a existencia de indicios contra un sospeitoso permitía ó xuíz sometelo a tortura *ad eruendam veritatem*; habida conta de que só se consideraba desvelada a verdade cando o atormentado confesaba súa culpabilidade no acto do tormento e ratificaba a súa confesión despois da tortura, pero non se o torturado sostiña, denantes, durante e despois do tormento, a súa inocencia. Por outra banda, a existencia de privilexios personais propios dunha sociedade estamental, así como as amplias facultades otorgadas ó xuíz a hora de interpreta-los indicios de culpabilidade, determinaban tanto a existencia de discriminación en función do rango social do acusado, como a cativa ou nula virtualidade práctica que cabía conceder ás normas -especialmente as contidas nas Partidas- que esixían en todo caso a presenza de presuncións ou indicios «certos» para que o tormento poidera ser empregado. A esixencia de sospeitas ou indicios suficientes, por un lado, e a importancia concedida ó arbitrio xudicial, por outro, non constituían senón contraposicións insalvables (74).

Contra a tortura tiñase escrito bastate dende S. Agustín e Luis Vives (75), pero é o P. FEIJOO quen, por vez primeira, artella argumentos de utilidade para por en dúbidas a súa eficacia (76) xa que -advirte- hay persoas tan febles que, o primeiro tormento, confesan o que se lles pide aínda que sexa falso e outras tan teimosas que seguen negando a verdade aínda que se lle apliquen os mais rexos tormentos (77). Con razón e oportunidade

(74) TOMÁS Y VALIENTE, *La última etapa*, cit., p. 107 ss.

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

(76) A atribución a Feijoo do rango de pioneiro na loita fronte á tortura debe limitarse o noso país, xa que como ten demostrado TOMÁS Y VALIENTE o sabio bieito obraba neste punto influido polo P. Claudio Lacroix e polo xesuíta P. Federico Spée (Cfr. *La tortura en España*, p. 122).

(77) Xa a décima das *Paradojas políticas y morales*, de FEIJOO titulábase deste xeito: *La tortura es medio falible de la inquisición de los delitos* e nela, entre outras cousas, sinalábase: «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 de espíritu o 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 esta es una nueva paradoja. Confiésolo, pero si no me engaño, verdaderísima» (Cfr. *Obras escogidas de P. Feijoo*, en B.A.E T. LVI, p. 289 ss.).

observa MARTÍNEZ-RISCO que o mérito de Feijoo estriba en que publica a súa «Paradoja» encol da tortura en 1734, anticipándose así en varios lustros a polémica que entre os xuristas españois desencadenou a devandita «cuestión del tormento» (78). Nembargantes, o pensamento do Pai Mestre se alonxa moito de ser paladinamente nidio verbo desto (79) e, sobor de todo, amósase moi lonxano do seu discípulo e amigo Frei Martín Sarmiento.

En efecto, a protesta de SARMIENTO encol da aplicación da tortura xudicial e moito mais alporizada e, poderíamos dicir, arriscada que a prantexada polo seu egrexio coetáneo. A tortura como medio de provoca-la confesión era peza esencial do proceso inquisitivo; por eso entendemos que tódalas críticas que se fixeron dela careceron de coherencia e de baseamento suficiente, xa que iban dirixidas únicamente contra ela e non fronte o sistema procesal penal no seu conxunto (80). o acerto de SARMIENTO consistiu en prantexa-la crítica xeral de todo o sistema procesal inquisitivo e penal da súa época. Non presenta, claro está, un tratado artellado sistemáticamente; malia ésto, no cerne do seu pensamento hai uns principios nucleares que convén sintetizar: os modos de averigua-los feitos mediante tormento «son y serán siempre falsos, falaces y fallidos» (81); deben rexeitarse os xuramentos como elemento probatorio (82); en consecuencia, prefire a proba

---

(78) MARTÍNEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijóo* (Orense 1973) p. 68. Para MARAVALL constituyete «uno de los timbres de gloria de Feijóo». (Cfr. *Estudios de historia del pensamiento español*. Siglo XVIII, Madrid, 1991, p. 201).

(79) En la *Balanza de Astrea o recta administración de Justicia* declara no horrorizarle que a los testigos falsos les cortes en la India los pies y las manos, y en Berna un magistrado les hiciera hervir en aceite (*loc. cit.* en nt. 77, p. 264).

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

(81) SARMIENTO, *Obra de los seiscientos sesenta pliegos*, Col. *Dávila*, fol. 270 r. De seguido pormenoriza sobor das modalidades do tormento empregadas na súa época nestes 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 casos 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 fuerzas; 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 tervigersarlos eran *supersticiosos*, y tentativas de la Omnipotencia divina, paa que hiciese milagros» (fol. 271 r.).

(82) Verbo do xuramento distingue entre medio de proba e elemento de proba; non ten inconveniente en admitilo como o primeiro, pero amósase reluctantante a que actúe como peza

testifical (83). Pola aplicación da tortura perigan mais os inocentes, a quenes sorprende seu costume de afronta-lo dor, que os culpableis, decote endurecidos por aquél; a maior abundamento, cando se lle aplica a un inocente, súas consecuencias poden ser irreversibles ou irreparableis (84). Como medio que se debe seguir para indaga-la verdade dos feitos, SARMIENTO -que cómo él mesmo procúpase en sinalar non fala como xurispeito (85)- rexeita a intimidación e avoga pola prevención que se amosa na represión da avaricia e da preguiza (86), todo elo mercede á aplicación dun aparello lexislativo útil, nidio, sinxelo e preciso (87).

Con razón argúe TOMÁS Y VALIENTE que no fondo, entón como agora, trátase do mesmo problema sempre: elixir entre un prantexamento ético, que

---

de convicción na formación da opinión do xulgador porque hai unha morea de «mentirosos» (fol. 271 r.).

- (83) *Ibid.* Con todo, no fol. 267 v. califica de pouco fiable a proba 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. Asi pide la Crítica que las deposiciones de Rústicos, en *función* de Sujetos Poderosos, se miren como *sospechosos*».
- (84) «El tormento es el medio más falaz, y dicen que el rey de Prusia lo 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» (fol. 272 r.).
- (85) A la pregunta «¿Qué medio pues 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.*).
- (86) «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* aquella, con *tasas* prudenciales para todo; está remediado mucho» (*Ibid.*).
- (87) «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 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, esa ley está en *vulgar*, clarísima, y que pueden entender *todos*, qualquiera 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*» (fol. 226 v.).

valore a xustiza e o respecto ó home concreto por enriba de todo, e outro prantexamento político *lato sensu*, que consideraba a eficacia como resultado óptimo desexable, ó marxe ou fronte a consideracións éticamente defendibles (88). A tortura era e é eficaz en canto que con ela lógranse as veces confesións que sen o seu emprego non se terían pronunciado. A tortura era e é inxusta porque implica a fría e gratuita decisión de provocar sufrimientos a un ser humano; porque pode dar lugar a autoacusación ou delacións falsas, e, por tantas outras razóns, éticamente incontrovertibles. O sistema procesal penal e o rey -lexislador de entón- optaron pola violencia eficaz; hoxe, outros que non son xuíces, xuristas, nin lexisladores realizan tamén lamentablemente a mesma elección. Uns e outros anteponían e anteponen o político, o eficaz, ó ético-xurídico.

Para SARMIENTO, a realidade social que él presencia está chea de leis inxustas, sanguinarias e esotéricas. A súa pretensión e abri-los ollos os cidadáns ignorantes e loitar a prol da necesaria reforma daquelas. O xeito de combate por él elixido non é o estudio polo miudo e técnico-xurídico dos delitos, as súas formas e as penas contra cada un deles; él limitábase a amosalos principios xerais, as faltas mais sobranceiras e os erros mais funestos do ordenamento penal vixente.

O problema da pena de morte e o que deu lugar a mais controversias e o que, sobor de todo -dende o século das luces, dividiu mais as opinións (89). Seguramente ningún medio penal ten sido mais ardentemente combatido nin, por outra banda, defendido ca mais rexa convicción, nin mais universalmente espallado. Como ten sinalado ROSSI: «A historia ensinanos que o emprego da pena de morte ten sido universal; se lle atopa establecida en tódalas épocas e en tódolos pobos» (90).

---

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

(89) CUELLO CALÓN fai referencia ós tempos pretéritos da Ilustración nestos 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, p. 113).

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

As ideas abolicionistas non atoparon eco ata o século XVIII. Iníciáanse en tons moderados, non se pide a súa abolición total, as súas aspiracións son mais limitadas; preténdese, tan só, restrinxi-lo seu campo de aplicación e a supresión das arrepiantes torturas que comúnmente acompañaban a morte. MONTESQUIEU, que pasa por ser un dos seus primeiros precursores, consideraba lícita a derradeira pena: «o home a merece -escribía- cando violou a seguridade privando ou intentando privar a outro da vida, e é un remedio para a sociedade enferma» (91). Tampoco ROUSSEAU foi adversario desta pena; inspirado nun senso preventivista opinaba que a sociedade ten o dereito de matar se non existe outro medio de impedir que se causen novas vítimas (92). Un dos espíritos senlleiros da época, GOETHE, non a impugnou nin nos seus días de estudante, nin despois como home de estado; pola contra, amosóuse a prol do seu mantemento (93). LARDIZÁBAL, sen dúbida o mais conspicuo representante do iluminismo español no ámbito xurídico penal (94), mostrouse favorable á punición capital (95), dirixindo incluso acerbas críticas ós abolicionistas (96). Incluso BECCARIA, que pasa por ser uns dos devanceiros da campaña contemporánea contra a pena de morte, admite dous motivos «que fan necesaria a morte dun cidadán» (97). O propio

---

(91) 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* (Brueselas 1949) p. 161 ss.

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

(93) GOETHE, en 1771, sendo estudante en Estrasburgo, sostivo a súa tese de doutoramento: *Poenae capitales non abrogandae*. Vid., neste senso, SCHMIDT, *Goethe und das Problem des Todesstrafe*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (1948) p. 444 ss.

(94) Así o califica ANTON ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal*, en *REP* 174 (1966) p. 607 ss.

(95) Con todo precisa algunhas 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, II, 4).

(96) «Movidos acaso de ésto -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).

(97) «A morte dun cidadán só se pode considerar necesaria por dous motivos. O primeiro, cando aínda privado de liberdade siga tendo tais relacións e tal poder que comprometa a seguridade

FELJOO se ben non pode dicirse que fose o seu defensor a ultranza, propugnaba seu mantemento. Vexamos encol deste punto o pensamento do 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» (98).

A vista do exposto, non podemos amosarnos concordes con MARTÍNEZ-RISCO, cando afirma que «los textos en que apoya -a pena de muerte- afloran serias dudas que pudieran interpretarse como vacilaciones o, al menos, debilidad en su actitud al respecto» (99), concluíndo 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» (100). Pola contra, móstrase moito mais atinado na captación do sentir feijoniano verbo da pena capital, LÓPEZ PELÁEZ, quen opina ca súa un tanto fachendosa retórica decimonónica: «Con tener Feijoó 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» (101). Pola nosa banda, entendemos que o feito de que Feijoó sexa encadrado nas ringleiras dos apoloxistas da pena capital e sexa adversario de abolicionismo, nin lle engade gloria, nin pode erixirse apriorísticamente en motivo de crítica *per se*, sobor de todo tendo en conta que, como temos dito, moitos dos espíritos

---

da nación, cando súa existencia poda producir unha perigosa revolución na forma de goberno establecida. Así pois, a morte dun cidadán faise necesaria cando a nación está en trance de recuperar ou perde-la liberdade, ou en tempos de anarquía, cando os mesmos desordes substitúen as leis» (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, ed. Sordá, cit., p. 104).

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

(99) MARTÍNEZ-RISCO, *Las ideas jurídicas del Padre Feijoó* (Orense 1973), p. 61.

(100) *Ibid.* p. 63.

(101) LÓPEZ PELÁEZ, *Los escritos de Sarmiento y el siglo de Feijoó*, cit., p. 157.

mais senlleiros da época amosábanse a prol dela. Feijoó sinxelamente limitase a segui-la tese da prevención xeral defendida naqueles tempos por Montesquieu e Rousseau. Ninguén mellor que CONCEPCIÓN ARENAL para plasma-lo cerne do sentir feijoniano: «La escuela a que pertenecía Feijoó no veía máis 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...» (102).

Na xigantesca obra de FREI MARTÍN SARMIENTO, ó que vai consagrado este modesto traballo, contéñense páxinas maxistras a prol da tese de que non existe teoría xurídica posible que xustifique o mantemento da derradeira pena. Polo grande interese que amosan, reproducimos algunhas das súas opinións sobor do particular, verquidas na súa *Obra de los seiscientos sesenta pliegos*, de maneira concreta no volume 3º, folios 225 e 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 capital... No tengo el *jenio cruel*. Sé que si los ociosos en España yncurriesen en *Pena de muerte* se despoblaria toda ella... (103). Estoy en que por salvado que sean un Hombre, será máis 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*. Quiténse enhorabuena estos maldados *denemedio 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 (104). Los Antiguos

(102) CONCEPCIÓN ARENAL, *Juicio crítico de las obras de Feijoó* (Madrid 1887) p. 297.

(103) Sen dúbida o P. Sarmiento tiña coñecemento da severísima lexislación de Enrique VIII contra a preguiza, cúa aplicación en Inglaterra determinou a execución durante o seu reinado de alomenos 72.000 persoas, en proporción dunhas 2.000 por ano (Cfr. HUME, *History of England*, s. f., vol. II, p. 230). Polo que fai a España, tivemos no século XVIII disposicións crúas como a que en 1748 ordenou se prendera a tódolos xitanos do reino, sendo encerrados en arsenais e cadeas en número perto os 10.000 (Vid., verbo desto, PÉREZ ESTÉVEZ, *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1976, pp. 171 y ss.)

(104) O a. refírese sen dúbida a Flor. 2, 33, 50-60, onde, tras narra-las vicisitudes das guerras cántabras, alude nestes términos ó triste destino que lles esperaba as poboacións soxulgadas.

los condenaban a las canteras, a las minas, a los grandes edificios públicos, a los Caminos Reales, a limpiar *puertos*, (105) etc. y a *Islas Desiertas*, ó mal sanas (106). 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 do iluminismo hispano, a orixinalidade de Sarmiento o pedi-la supresión da pena de morte é palmaria. Para comprende-la importancia que encerran as afirmacións que seguen e a atención a que son acreedoras, compre fixarse en que loitaban ca opinión xeneralmente recibida e ca lexislación de tódolos países. Segundo as súas propias verbas, a privación da vida do reo é «bárbara, inútil y contraproducente». Aquí, unha vez mais, o pensamento de Sarmiento amósase moito mais radical co do seu amigo e mestre Feijóo (107). E é que, como ten sinalado GONZÁLEZ LÓPEZ (108), súas persoalidades, malia estar entrañablemente cinguidas por tres grandes afectos -a cultura, a orde e, ademais, a terra da súa procedencia- eran moi distintas, como si súa visión da cultura en xeral estivera alonxada por moitos mais anos no tempo e no espacio. A explicación poidera moi ben radicar en que Sarmiento non é home do seu século e sa foi a súa desgracia, ficou moi adiantado para o século XVIII e moi retrasado para o noso (109); de ahí que

- 
- (105) O Pai Mestre formula aquí un catálogo das *Servi Poenae* romanas polas que o condenado pasaba a ser propiedade do Fisco e para distinguilo dos outros *Servi Caesaris*, os xuristas chamábanno *Servus Poenae* -esclavo de la pena-. Encol da escravitude por condena, *vid.*: DONATUTTI, *La schiavitù per condanna*, en BIDR 42 (1934) pp. 219 y ss.; polo que fai ós traballos forzados en minas e canteiras, Cfr. RODRÍGUEZ-ENNES, *Extracción social y condiciones de trabajo de los mineros hispano-romanos*, en *Gallaecia* 13 (1992) pp. 443 e ss., ID., *Las explotaciones mineras en la Galicia romana*, lección maxistral pronunciada no Centro Regional Asociado da UNED co galo da apertura solemne do Curso Académico 1991-92 (Pontevedra 1992) pp. 15 e ss.
- (106) Con todo, a *deportatio in insulam*, condena que substitúe dende a época do emperador Tiberio a da interdicción de auga e lume, non é como as anteriores, unha das *supplicia summa*, xa que non leva aparellada a perda do *status libertatis*, senón a dos dereitos de cidadanía; esta é a razón pola que os xuristas a sitúan entre os *supplicia mediocria* (P. S. 5, 17, 2; D. 48, 19, 2, 1).
- (107) Axeitadamente di 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 ollaríamos que son enormemente diferentes, e o único que nos quedaría por vencellos serían uns fortes nós de afeito e amizade (Cfr. *Feijóo e Sarmiento. Duas vidas en pasado*, en *Grial* 60 (1978) p. 129.
- (108) GONZÁLEZ LÓPEZ, *Fray Martín Sarmiento e a conciencia da personalide cultural de Galicia*, en *Ibid.* 43 (1974) p. 1.
- (109) PENSADO, s. v. *Sarmiento, Fray Martín*, en *Gran Enciclopedia Gallega*, T. XXVIII, p. 83.

as consideracións da súa autoría verbo do tema que está a ocuparnos só poden contemplarse dentro desta perspectiva histórica.

Temos apuntado en páxinas anteriores que Beccaria pronunciouse contra a xeneralidade dos suplicios, pero admitía dous motivos que «fan necesaria a morte dun cidadán» (110). Sarmiento, por contra, solicita a abolición «en toda clase de delitos y crímenes». Súa profesión de fe abolicionista obedece a que, para él (é isto sitúalo anos luz de Feijó e Beccaria) a aceptación do principio legal da pena de morte supón a aceptación da filosofía da violencia, no seu alento mais fondo e mais nidio e a declaración da súa necesidade. Se é lícito matar, todo é lícito.

A tese do contrato social, sustentada por BECCARIA, que amosábase relucante e pena de morte -salvo os casos excepcionais devanditos- baseándose en que un home, por moita autoridade que teña, non pode deixarlle a outro o arbitrio de dar morte a un semellante (111), foi rexeitada xa no sen tempo porque o mesmo podía dicirse das demais penas (112) e porque o freo mais poderoso para comete-los delitos non é tanto o espectáculo momentáneo da morte o reo (113), como o exemplo dun home privado da liberdade decote. Neste senso, Sarmiento incluso vai moito mais lonxe de BENTHAM. Así mentres o fundador do utilitarismo afirma que os homes, polo xeral, ollan a morte como o meirande de tódolos males e sométense a éstos para libertarse daquela (114), SARMIENTO, pola súa banda, non cré unicamente na intimidación: «lo que se da lugar no es el escarmiento, pues

---

(110) Vid. la nt. 97.

(111) BECCARIA formula a tese nestes términos: «¿Quién é aquel que quixo deixar a outros homes o arbitrio de deixalo morrer?» (Cfr. *De los delitos y de las penas*, cit., XXVIII).

(112) ANTON ONECA, *El Derecho Penal de la Ilustración*, cit., p. 598.

(113) Durante longo tempo creéuse que o espectáculo das execucións capitais, causaba sobor da multitude que as presenciaba unha saudosa impresión de arrepió, que súa sinistra lembranza sempre ficaría na memoria dos espectadores. Tal crenza explica a teima, ata época moi perto da nosa, da pública execución desta pena. Mais xa hai longo tempo reprochouse a esta pena a súa falta de eficacia intimidativa. O espectáculo da execución pública da pena de morte perante a enorme multitude que acudía a contemplala alegouse que lonxe de producir, como antes creíase, unha indeleble impresión de terror, constituía unha festa abafante e desmoralizadora, verbo do cuio influxo corruptor sobor das masas están dacordo adversarios e defensoras da derradeira pena. (Literatura ó respecto en CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, cit., pp. 140 e ss.).

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

cada día se multiplican las maldades de todo género. Solo es espantar moscas que cien veces espantadas, cien veces vuelven a ser moscas y a picar». O fundamento para él, da abolición, é non só a inutilidade do castigo capital na súa vertente intimidatoria, senón sobor de todo a posibilidade de obter proveito dos mesmos condenados: «Se han de colocar donde trabajen en utilidad de la República». E engade un párrafo a prol da deportación -na que pensóuse varias veces nese século sen que apenas se chegase a realizar (115)-: «Si desde que se descubrió América se hubiese pensado en este arbitrio, se hubieran utilizado muchos ajusticiados y otros se debían ajusticiar y hoy estaría más poblada la América y no estaría España tan poblada de ociosos y gitanos». A súa argumentación seméllase a de BENTHAM e os utilitaristas ingleses (116), só que ca particularidade merecente de loubanza que estivo exposta mais de medio século denantes; deste xeito estanse a cumpli-los dous fins da pena: impedir que o reo cometa novos delitos, incapacitándolo para causar danos e correxíndolo polo traballo e evitar que os demais o imiten no porvir, todo elo, o propio tempo, presidido por un criterio utilitario: o home morto non sirve para nada e os suplicios inventados para ben da sociedade deben ser útiles a ésta. Pensemos que o desterro a Australia como substitutivo da derradeira pena foi iniciado polos ingleses en 1788 (117), dezaseis anos despois do pasamento de Sarmiento; é CONCEPCIÓN ARENAL quen rexeita o establecemento de colonias penais semellantes no 1895 (118).

- 
- (115) Como sinalóu 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, pp. 766 e ss.). Os grandes descubrimentos españois permitiron facer algúns ensaios de deportación hacia esas novas terras, pero o certo é que España -a diferencia de Inglaterra e Francia- nunca adoptóu unha política de deportación de criminais, agás o intento de asentar presidiarios liberados en Porto Rico no 1774 (Encol desta cuestión, vid. PIKE, *Penal Servitude in Early Modern Spain* (Wisconsin 1983) p. 141).
- (116) *Ibid.*, *Tratados de legislación civil y penal*, trad. esp. Ramón Salas, Madrid, 1821, ed. Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, 1981, p. 318 ss.
- (117) A colonización británica de Australia iniciouse en 1788 cos «convicts» do capitán Philipp, en Port Jackson (Sydney). En efecto, para solventar as dificultades prantexadas polo exceso de poboación nos cárceres ingleses, o Goberno británico decidiu converter Australia nunha colonia penitenciaria. Vid. o respecto, entre outros, CLARK, *A Short History of Australia* (Londres 1973); GARCIA ZARZA, *Australia. El territorio, su historia, población y economía* (Salamanca 1976); LACOURT-GAYET *A Concise History of Australia* (Londres 1973). O mesmo destino tivo a Guayana francesa, que dende 1794 ata 1805 foi lugar de deportación.
- (118) CONCEPCIÓN ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, en *Obras completas*, T. X. (Madrid 1895). É lóxico que unha vez que xa se ten regularizado

É certo que as ideas de Sarmiento estaban no ambiente o, alomenos, nos sectores mais refinados e progresistas de España, sen ir mais lonxe VOLTAIRE, riguroso contemporáneo do sabio bieito, arremeteu a fondo contra a pena capital, non rexeitándola en nome da humanidade ou da xustiza senón movido por razóns de utilidade coincidentes punto por punto cas sarmientanas (119). Esa identidade de pensamento nos move a pensar nun coñecemento das tesis volterianas por parte do noso autor; coñecemento, por outra banda, mais que normal en Sarmiento, habida conta da súa consabida posta ó día no que atinxe ó pensamento ilustrado francés (120). Súas radicais verbas de rexeitamento ó pensamento volteriano amósase, pois, mais aparentes que reais, alomenos polo que atinxe a procura de substitutivos para a pena de morte (121). Con todo, dentro da mais rexa ortodoxia católica, TOMÁS MORO, decapitado por orde de Enrique VIII e hoxe santificado pola Igrexa, sostivo

---

o cárcere como pena fundamental, a deportación deixe de ser unha válvula de escape. Encol deste proceso substitutivo das condenas de deportación pola de prisión, vid.: IGNATIEFF *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution* (Columbia 1980) pp. 80 e ss.

- (119) VOLTAIRE, no seu comentario a obra de Beccaria, escribe: «É evidente que vinte ladróns rexos, condenados a traballar nas obras públicas todo o curso das súas vidas, son útiles ó Estado polos seus suplicios, e que a súa morte é unicamente útil para o verdugo, a quen se lle paga para que mate a un home en público. Os ladróns en Inglaterra son rara vez castigados a morte: o que se fai a transportalos as colonias» (Cfr. DELVAL, op. cit., p. 133). Notorio influxo 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). Á semellanza entre as opinións de Sarmiento e Voltaire verbo do rexeitamento da utilidade da derradeira pena, alude tamén GONZÁLEZ GUITIÁN, *¿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 enemiga al último suplicio».
- (120) É mais que expresiva ó respecto a carta que dirixe a Feijóo 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 o que acabamos de transcribir convirten en valeiras de contido as verbas de LÓPEZ PELÁEZ, cando afirma referíndose ó 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).
- (121) «De Voltaire y de toda la cofradía de ateistas 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 escribó desde París. En cuanto lei 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*, 1791).

no século XVI ideas semellantes, xa que sinalaba o traballo como servidumbre como a pena mais frecuente -no seu quimérico país utópico -preferible a morte, e mais útil a sociedade cun cadáver (122) e Sarmiento sen dúbida coñecía a obra do chanceler de Inglaterra. Nembargantes non é certo que a xenial aportación sarmientana no ámbito xurídico-penal teña que ser cinguida por un ar de desdoro polo mero feito de que se teña apoiado en libros foráneos. É obvio que sen a aposta arriscada a prol do avance das ideas abolicionistas, sustentada por Sarmiento e outros conspicuos anovadores do século XVIII, estas ideas non atoparían eco, non se tería acadado o cumio da inxente tarefa da codificación e, con ela, o nacemento do Dereito Penal moderno. Os Borbóns do dezaoitto proseguiron a mesma liña de excesiva dureza punitiva practicada polos seus devanceiros e así cando o Ancien Régime deixou o seu posto ó Estado Constitucional, a lexislación penal pudo beneficiarse das novas correntes (123).

---

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

(123) Xa tivemos ocasión de apunta-la nidia incompatilidade entre o reformismo ilustrado e o sistema político absolutista. Dado que os absolutistas seguiron detentado o poder en case toda Europa ata o século XIX, HAZARD escribiu axeitadamente que a «Aufklärung» actuou escindida en dous planos: o da acción, que provisoriamente ficou inalterado, e o da razón, no que se preparaba a evolución que ó fin se imporíase realmente (Cfr. *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, trad. Julián Marías, Madrid, 1958, p. 57).

