

CULEBRAS DE CASCABEL

Restricciones penales
de la libertad ambulatoria
en el Derecho codificado
español



Julián Gómez de Maya

Culebras de cascabel

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

Culebras de cascabel.
Restricciones penales de la libertad ambulatoria
en el Derecho codificado español

Julián Gómez de Maya

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2013

Historia del derecho, 21

© 2013 Julián Gómez de Maya

Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9031-590-3

ISSN: 2255-5137

Depósito Legal: M-

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/17322>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

AGRADECIMIENTOS

Este libro trae origen de la tesis doctoral elaborada bajo la solícita dirección del Sr. Dr. D. Enrique Álvarez Cora y defendida en la Universidad de Murcia para colacionar el superior grado académico el día 24 de mayo de 2011 ante un tribunal constituido por los Srs. Drs. D. Enrique Gacto Fernández, D. Juan Antonio Alejandro García, D. Pedro Ortego Gil, D. Miguel Pino Abad y D. Antonio Rivera García, quienes por unanimidad acordaron otorgarle la calificación de *Sobresaliente cum laude*, siéndole concedido posteriormente, asimismo *nemine discrepante* en el seno de la comisión, el Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de Derecho para el bienio 2009/2011. Por último, sólo al Sr. Dr. D. Manuel Martínez Neira se debe la presente sazón editorial. Conste, como es debido, el sincero agradecimiento del autor hacia tantos –cada cual en su particular tenor o medida– y tan generosos benefactores, algunos de ellos además, extremando todo mérito, amigos suyos.

Tu lascerai ogni cosa diletta
più caramente; e questo è quello strale
che l'arco dello essilio pria saetta.

(Dante Alighieri, *La divina com-
media*, "Paradiso", XVII, 55-57)

ÍNDICE

I. Preámbulo	23
II. Naturaleza, formas y fines de la restricción ambulatoria penal . . .	41
III. Evolución normativa del grupo penológico	61
1. Primer tercio del siglo XIX	61
2. El Código de 1848 y la <i>edición reformada</i> de 1850	78
3. El Código de 1870 y sus adaptaciones ultramarinas	85
4. El Código de 1928 y sus antecedentes	100
5. El Código de 1932	104
6. El Texto Refundido de 1944 y sus <i>revisiones</i>	108
7. El Código de 1995	112
IV. La deportación y la relegación	119
1. Introducción	119
2. Ubicación en las escalas penales	120
3. Definiciones legales	131
4. Contenido punitivo	143
A] Contenido esencial	143
a) La confinación remota	144
b) La libertad vigilada	167
B] Contenidos accesorios	175
a) La muerte civil	176
b) La confiscación de bienes	194
c) La infamia	198
d) La argolla o vergüenza pública	205
e) La inhabilitación absoluta	211
f) Los trabajos u ocupaciones	220
g) La sujeción a vigilancia postpenitenciaria de la autoridad	240
C] Circunstancias modificativas de la punibilidad	243

5. Duración	249
A] El Código de 1822	251
B] Los Proyectos del primer tercio del siglo XIX	252
C] El Código de 1848	253
D] El Código de 1870	256
E] El Código de 1928	261
6. Reglas de ejecución de la pena	264
A] El orden en la ejecución	264
B] Actos ejecutivos materiales	270
7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos	283
A] El Código de 1822	284
B] Los Proyectos del primer tercio del siglo XIX	287
C] El Código de 1848	290
D] El Código de 1870	296
E] El Código de 1928	301
8. Prescripción de la pena	303
9. Tipos delictivos penados	312
10. Cuestiones político-criminales	322
 V. El extrañamiento	 375
1. Introducción	375
2. Ubicación en las escalas penales	385
3. Definiciones legales	392
4. Contenido punitivo	396
A] Contenido esencial	396
a) El vedamiento del territorio	396
b) El desentendimiento del Estado	400
B] Contenidos accesorios	407
a) La muerte civil	407
b) La infamia	409
c) Otras restricciones de derechos	410
d) La sujeción a vigilancia de la autoridad	413
C] Circunstancias modificativas de la punibilidad	415

5. Duración	416
6. Reglas de ejecución de la pena	421
A] El orden en la ejecución	421
B] Actos ejecutivos materiales	424
7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos	427
A] El Código de 1822	428
B] Los Proyectos del primer tercio del siglo XIX	430
C] El Código de 1848	431
D] El Código de 1870	433
E] El Código de 1932 y textos ulteriores	435
8. Prescripción de la pena	437
9. Tipos delictivos penados	440
10. Cuestiones político-criminales	446
VI. La expulsión de extranjeros	469
1. Introducción	469
2. Recorrido histórico	471
A] La expulsión gubernativa	472
B] La expulsión judicial	480
a) Evolución normativa	480
b) Conductas sancionadas	494
3. Cuestiones político-criminales	495
VII. El confinamiento	499
1. Introducción	499
2. Ubicación en las escalas penales	500
3. Definiciones legales	508
4. Contenido punitivo	514
A] Contenido esencial	514
a) El vedamiento territorial	514
b) La vigilancia de la autoridad	523
B] Contenido accesorio	529
C] Circunstancias modificativas de la punibilidad	532
5. Duración	532

6. Reglas de ejecución de la pena	537
A] El orden en la ejecución	537
B] Actos ejecutivos materiales	538
C] El destino al servicio militar	544
7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos	547
8. Prescripción de la pena	553
9. Tipos delictivos penados	554
10. Figuras análogas al confinamiento	562
11. Cuestiones político-criminales	564
VIII. El destierro	595
1. Introducción	595
2. Ubicación en las escalas penales	603
3. Definiciones legales	611
4. Contenido punitivo	613
A] Contenido esencial: el vedamiento del territorio	613
B] Contenido accesorio	622
a) La vigilancia de la autoridad	622
b) La restricción de derechos	624
C] Circunstancias modificativas de la punibilidad	627
5. Duración	628
6. Reglas de ejecución de la pena	634
A] El orden en la ejecución	634
B] Actos ejecutivos materiales	635
7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos	638
8. Prescripción de la pena	645
9. Tipos delictivos penados	647
10. Figuras análogas al destierro	659
IX. La sujeción a la vigilancia de la autoridad	673
1. Origen y trayectoria en cuanto consecuencia jurídica del delito	673
2. Ubicación en las escalas penales	707

3. Contenido punitivo	714
A] La fijación de domicilio y su declaración	714
B] La observancia de las reglas de inspección	720
C] La obligación de procurarse medios lícitos de subsistencia	725
D] Un deber genérico de buena conducta	728
4. Duración	732
5. Reglas de ejecución de la pena	737
6. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos	751
7. Prescripción de la pena	755
8. Casos de sujeción	756
9. Cuestiones político-criminales	765
X. Recapitulación	773
1. La restricción ambulatoria penal	773
2. Evolución normativa del grupo penológico	774
3. Deportación y relegación	776
4. Extrañamiento	780
5. Expulsión de extranjeros	783
6. Confinamiento	784
7. Destierro	786
8. Sujeción a la vigilancia de la autoridad	788
XI. Fuentes y bibliografía	791
1. Fuentes	791
A] Normativas	791
B] Doctrinales	794
C] Otras fuentes literarias	803
2. Bibliografía	807
A] Bibliografía jurídica	807
B] Otra bibliografía	816

SIGLAS UTILIZADAS

- ABCP 1972: Anteproyecto de Bases de Código Penal de 1972 [“Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal”, *ADPCP* 25.3 (1972), pp. 721-762].
- ACGCP: Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal (1844-1845) o Anteproyecto de Código Penal de 1845 [en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal* (1970), v. II, apd. VI].
- ACP 1920: Anteproyecto de Código Penal de Saldaña en 1920 [en Quintiliano Saldaña, “La reforma del Código Penal”, *RGLJ* 136 (1920)].
- ACP 1992: Anteproyecto de Código Penal de 1992 [*Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial* (1992)].
- ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.*
- AFCP 1938: Anteproyecto de Código Penal de 1938 [*El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S.*, ed. José Ramón Casabó Ruiz (1978)].
- AHDE: Anuario de Historia del Derecho Español.*
- ANDS: Asamblea Nacional. Diario de Sesiones.*
- BCP 1844: Bases de Código Penal aprobadas por la Comisión General en 1844 [“Bases del Código Penal. Aprobadas por la Comisión General”, de marzo de 1844, en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal* (1970), v. I, pp. 261-262].
- BJAPL: Boletín de Jurisprudencia y Administración. Parte Legislativa.*
- BOCGC: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.*
- BOE: Boletín Oficial del Estado.*
- CDOCO: Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Ordinarias.*
- CDOGC: Colección de los Decretos y Órdenes Generales Expedidos por las Cortes.*
- CDPF 1810: *Code des délits et des peines* francés, promulgado entre el 22 de febrero y el 2 de marzo de 1810 [*Código penal francés*, ed. Manuel Zavala et al (1866)].
- CE 1978: Constitución Española de 1978 [*Constitución Española*, ed. Luis López Guerra (1992)].
- CECA: Los Códigos Españoles Concordados y Anotados.*
- CJM 1890: Código de Justicia Militar de 1890 [“Código de Justicia Militar”, de 27 de septiembre de 1890, en *CLE* 145, disp. 158, pp. 402-573].
- CLDDC: Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes, y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales Expedidos por los Respectivos Ministerios.*

CLE: Colección Legislativa de España.

CLEAC: Colección Legislativa de España. Legislación y Disposiciones de la Administración Central.

CLPS: Colección Legislativa. Parte Segunda.

CLRDO: Colección de las Leyes, Reales Decretos, Órdenes, Reglamentos, Circulares y Resoluciones Generales Espedidas sobre Todos los Ramos de la Administración y el Gobierno del Estado.

CME 1845: Constitución de la Monarquía Española de 1845 [“Constitucion de la Monarquía Española”, de 23 de mayo de 1845, en *CLDDC* 34, pp. 167-184].

CME 1869: Constitución de la Monarquía Española de 1869 [“Constitución de la Monarquía Española”, de 1 de junio de 1869, en *DSCC*, ses. 1-VI-1869, nº 87, apd. IV].

CME 1876: Constitución de la Monarquía Española de 1876 [“Constitucion de la Monarquía española”, de 30 de junio de 1876, en *CLE* 116, disp. 264, pp. 821-835].

CP 1822: Código Penal de 1822 [“Código Penal español, decretado por las Córtes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822”, en *CDOGC* 9, pp. 211-381].

CP 1848: Código Penal de 1848 [*Código Penal de España* (1848)].

CP 1850: Código Penal de 1850 [*Código Penal de España* (1850)].

CP 1870: Código Penal de 1870 [*Código penal reformado, con notas y los discursos pronunciados en las Córtes Constituyentes, al discutirse el proyecto presentado por el Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia* (1870)].

CP 1928: Código Penal de 1928 [“Real decreto-ley aprobando el proyecto de Código penal, que se inserta; y disponiendo que empiece a regir como ley del Reino el día 1º de Enero de 1929”, de 8 de septiembre de 1928, en *CLEAC* 111, disp. 12, pp. 21-303].

CP 1932: Código Penal de 1932 [“Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código Penal de 1870 reformado según la Ley de Bases de 8 de Septiembre”, en *CLE* 131, disp. 1614, pp. 595-736].

CP 1995: Código Penal de 1995 [“Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal”, en *BOE* nº 281, de 24-XI-1995, disp. 25444, pp. 33987-34058].

CPC 1875: Código Penal de 1875 para la España carlista [*Código penal de don Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España* (1875)].

CPCPR 1879: Código Penal de 1879 para Cuba y Puerto Rico [“Real decreto, mandando observar el Código penal reformado el 17 de Junio de 1870 en las Islas de Cuba y Puerto-Rico, y la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal para la aplicacion de dicho Código”, de 23 de mayo de 1879, en *CLE* 122, disp. 265, pp. 927-1089].

CPF 1884: Código Penal de 1884 para las islas Filipinas [*Código Penal y Ley provisional para la aplicación de las disposiciones del mismo en las islas Filipinas* (1886)].

CPM 1985: Código Penal Militar de 1985 [“Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del

- Código Penal Militar”, en *Código Penal Militar y legislación complementaria*, ed. Antonio Millán Garrido (1992), pp. 59-132].
- CPME 1812: Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 [*Constitucion política de la Monarquía española. Promulgada en Cádiz á 19 de Marzo de 1812* (1812)].
- CPME 1837: Constitución Política de la Monarquía Española de 1837 [*Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Madrid á 18 de Junio de 1837* (1837)].
- CPMG 1888: Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 [“Real decreto, aprobando el proyecto de Código penal para la Marina militar”, de 24 de agosto de 1888, en *CLE* 141, disp. 145, pp. 490-569].
- CPPM 1914: Código Penal de 1914 para el Protectorado de Marruecos [“Código Penal” de 1 de junio de 1914, en *Leyes de Marruecos*, eds. Eugenio Mora Regil/Cesáreo Rodríguez Aguilera (1947), prt. II, pp. 3-91].
- CPTR 1944: Texto Refundido de Código Penal de 23 de diciembre de 1944 [*Código Penal ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944* (1944)].
- CPTR 1963: Texto Revisado de Código Penal de 24 de enero de 1963 [“Decreto 168/1963, de 24 de enero, por el que se desarrolla la Ley número 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para una revisión del Código Penal y otras Leyes penales”, en *BOE* n° 29, de 2-II-1963, pp. 1845-1851].
- CPTR 1973: Texto Refundido de Código Penal de 14 de septiembre de 1973 [*Código Penal, texto refundido conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971* (1973)].
- CRE 1931: Constitución de la República Española de 1931. [“Constitución de la República española de 9 de Diciembre de 1931”, en *CLEAC* 127, disp. 2185, pp. 501-520].
- DRF: Decretos del Rey don Fernando VII.*
- DRNSF: Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII.*
- DRFE: Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII, y de la Reina Su Augusta Esposa.*
- DRJRM: Decretos y Resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino y los expedidos por Su Magestad desde que fué libre del tiránico poder revolucionario.*
- DSC: Diario de las Sesiones de Cortes.*
- DSCC: Diario de Sesiones de las Córtes Constituyentes.*
- DSCCR: Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española.*
- DSCD: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.*
- DSCCD: Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados.*
- DSCS: Diario de las Sesiones de Cortes. Senado.*
- EJE: Enciclopedia Jurídica Española.*
- FE 1945: Fuero de los Españoles [“Fuero de los Españoles”, de 17 de julio de 1945, en *Leyes fundamentales* (1975), pp. 25-37].

- LBCP 1932: Ley de Bases del Código Penal de 1932 [“Ley de Bases para la reforma del Código penal de 1870”, de 8 de septiembre de 1932, en *CLE* 131, disp. 1344, pp. 25-31].
- LEC 1882: Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 [“Ley de Enjuiciamiento Criminal”, de 14 de septiembre de 1882, en *CLE* 129, disp. 555, pp. 884-1062].
- LOP 1867: Ley de Orden Público de 1867 [“Real Decreto, mandando que rija como ley del reino el adjunto proyecto de ley sobre orden público”, de 20 de marzo de 1867, en *CLE* 97, disp. 191, pp. 548-572].
- LOP 1870: Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870 [“Ley de orden público”, de 23 de abril de 1870, en *CLE* 103, disp. 218, pp. 470-488].
- LOP 1933: Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 [Ley de 28 de julio de 1933, en *CLEAC* 135, disp. 1135, pp. 227-245].
- LOP 1959: Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 [“Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público”, en *BOE* nº 182, de 31-VII-1959, pp. 10365-10370].
- LPEC 1872: Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 [Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872, en *CLE* 109, disp. 850, pp. 889-1043].
- LPRS 1970: Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 [“Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social”, en *BOE* nº 187, de 6-VIII-1970, pp. 12551-12557].
- LV 1845: Ley de vagos de 1845 [“Ley de Vagos”, de 9 de mayo de 1845, en *Gaceta de Madrid* nº 3933, de 21-VI-1845, p. 2].
- LVM 1933: Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 [“Ley relativa a vagos y maleantes”, de 4 de agosto de 1933, en *CLE* 131, disp. 1147, pp. 385-393].
- NEJ: Nueva Enciclopedia Jurídica.*
- NRLE: Novísima Recopilación, de 1805 [*Novísima Recopilación de las leyes de España* (1805)].
- OGPR 1834: Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 1834 [“Ordenanza general de los Presidios del Reino”, de 14 de abril de 1834, en *CLRDO* 1 preliminar, pp. 335-389].
- PACP 1983: Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, de 1983 [*Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal* (1984)].
- PC 1929: Proyecto Constitucional de 1929 [“Proyecto constitucional de 1929”, en Diego Sevilla Andrés, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España* (1969), t. II, pp. 21-54].
- PCC 1830: Proyecto de Código Criminal de 1830 [“Proyecto de Código Criminal de 1830”, en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal* (1970), v. II, apd. II, pp. 135-196].
- PCC 1831: Proyecto de Código Criminal de 1831 [“Proyecto de Código Criminal de 1831”, en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal* (1970), v. II, apd. III, pp. 197-342].

- PCC 1834: Proyecto de Código Criminal de 1834 [“Proyecto de Código Criminal de la tercera junta. 1834”, en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal* (1970), v. II, apd. V, pp. 385-457].
- PCFRE 1873: Proyecto de Constitución Federal de la República Española, de 1873 [“Proyecto de constitución federal de la República Española”, en Diego Sevilla Andrés (ed.), *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España* (1969), t. I, pp. 558-572].
- PCME 1856: Proyecto de Constitución de la Monarquía Española de 1856 [“Constitución de la Monarquía Española de 1856”, en Diego Sevilla Andrés, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España* (1969), t. I, pp. 463-475].
- PCP 1821: Proyecto de Código Penal de 1821 [“Proyecto de Código penal, presentado á las Córtes por la comision especial nombrada al efecto”, en *DSC* 1821–1822, t. I, n^o 38, ses. 1^o de noviembre de 1821].
- PCP 1882: Proyecto de Código Penal de 1882 [“Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, sobre autorizacion para plantear el nuevo Código penal”, en *DSCS* 79, de 11-IV-1882, apd. 1^o].
- PCP 1884: Proyecto de Código Penal de 1884 [*Proyecto de Código Penal* (1885)].
- PCP 1902: Proyecto de Código Penal de 1902 [en Constancio Bernaldo de Quirós/Álvaro Navarro de Palencia, *Teoría del Código Penal* (1911), *passim*].
- PCP 1927: Proyecto de Código Penal de 1927 [“Proyecto de Código Penal, remitido por el señor Ministro de Gracia y Justicia”, en *ANDS* 3, de 23-XI-1927, apd. 1^o.B].
- PCP 1939: Proyecto de Código Penal de 1939 [*El Proyecto de Código penal de 1939*, ed. José Ramón Casabó Ruiz (1978)].
- PCP 1992: Proyecto de Código Penal de 1992 [“Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, de 23 de septiembre de 1992, en *BOCGC*, serie A, n^o 102-1, de 23-IX-1992].
- PLB 1887: Proyecto de Ley de Bases de 1887 para la reforma del Código Penal (Alonso Martínez) [“Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código penal”, en *DSCCD*, leg. 1887, t. III, n^o 86, de 9-V-1887, apd. 3^o].
- PLB 1911: Proyecto de Ley de Bases de 1911 para la reforma del Código Penal (de Ruiz Valarino) [“Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código penal”, en Juan Francisco Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal* (1970), v. I, pp. 604-608].
- PLB 1921: Proyecto de Ley de Bases de 1921 para la reforma del Código Penal [en Quintiliano Saldaña, “Proyecto de ley de Bases para la reforma del Código penal”, *RGLJ* 139 (1921), pp. 309-321].
- PRCP 1869: Proyecto de Reforma del Código Penal de 1869 [“Proyecto de Reforma del Código Penal”, *RGLJ* 40 (1872), apd. XXXI, pp. 259-284].
- PRCP 1880: Proyecto de Reforma del Código Penal de 1880 [Real decreto de 17 de junio de 1880, “Autorizando al Ministro de Gracia y Justicia para que presente á las Córtes el adjunto proyecto de ley, facultando al Gobierno para plantear el de reforma del Código penal”, en *CLE* 124, disp. 338, pp. 1096-1238].

RDCSJ 1855: Real Decreto sobre Cumplimiento de Sentencias Judiciales, de 1855 [“Real Decreto sobre cumplimiento de sentencias judiciales”, de 14 de diciembre de 1855, en *BJAPL* 1, pp. 516-523].

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RPRS 1971: Reglamento de 13 de mayo de 1971 para la aplicación de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social [“Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social”, en *BOE* n° 132, de 3-VI-1971, pp. 8895-8903].

RLR: Nueva Recopilación, de 1567 [*Recopilacion de las leyes destos reynos* (1640)].

RLRI: Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias [*Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (1943)].

ROVA 1849: Real Orden de 28 de noviembre de 1849 para ejecución de la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad [“Real orden dictando reglas para que tenga efecto la pena de sujeción á la vigilancia de la autoridad que el Código penal establece”, de 28 de noviembre de 1849, en *CLE* 48, pp. 525-527].

RPAJ 1835: Reglamento Provisional para la Administracion de Justicia, de 1835 [“Reglamento provisional para la administracion de justicia en lo respectivo á la real jurisdiccion ordinaria”, de 26 de septiembre de 1835, en *CLRDO* 2 prelim., pp. 244-267].

RSJB: Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Historie Comparative des Institutions.

I PREÁMBULO

Acaso no sería aventurado enunciar que la restricción ambulatoria en cuanto castigo constituye uno de los pilares de la cultura española si se toman en consideración, verbigracia, la que pasa por obra *fundacional* de nuestra Literatura, el *Poema de Mio Cid*¹, que precisamente *inaugura* aquella con el relato de un destierro, o la abultada nómina de escritores, artistas o intelectuales que a lo largo de la Historia se han visto constreñidos en esta manifestación de la libertad, desde Garcilaso hasta Unamuno, pasando por Ercilla, Lope, Quevedo o Jovellanos², o bien, ampliando el espectro, la repercusión que en el devenir subsiguiente del país han tenido las expulsiones de judíos, moriscos y jesuitas, los exilios del liberalismo, el republicano tras la Guerra Civil... De aquella Edad Media hacia atrás, bien podríamos retrotraernos hasta las tristezas pónicas de Ovidio o hasta la corsa consolación de Séneca a

1 *Poema de Mio Cid*, pp. 99-166. Fecundo ha sido, por lo demás, a lo largo de toda la Historia literaria española este motivo del Campeador desterrado, v. gr.: Ramón MENÉNDEZ PIDAL (ed.), *Flor nueva de romances viejos*, pp. 167-169, con el celeberrimo de *la jura en Santa Gadea*; Manuel MACHADO, *Antología*, pp. 123-124, en no menos memorables versos; AZORÍN, *La cabeza de Castilla*, pp. 75-78, etcétera. Y hay comedias de Juan de la Cueva, de Lope (¡cómo no!), de Tirso, de Rojas Zorrilla, de Moreto, de Hartzenbusch, novelas como la de Fernández y González... En el campo de la ciencia histórico-jurídica, recordemos a Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS, “El derecho en el Poema del Cid”, *Obras*, t. I, pp. 181-215.

2 Léanse GARCILASO DE LA VEGA, “Canción III”, *Obras completas*, pp. 28-30; *id.*, “Elegía I”, *ibidem*, p. 41; Alonso de ERCILLA, *La Araucana*, III, c. XXXVI, vs. 253-272, p. 581; Lope de VEGA, *Poesías líricas*, t. II, pp. 4, 6, 7; *id.*, *La Arcadia*, pp. 142-143; Francisco de QUEVEDO, “Grandes anales de quince días”, *Obras completas en prosa*, pp. 570-572; *id.*, “Constancia y paciencia del santo Job en sus pérdidas, enfermedades y persecuciones”, *ibidem*, p. 1174; Gaspar Melchor de JOVELLANOS, “Descripción histórico-artística del castillo de Bellver”, *Obras*, t. III, pp. 45, 51; *id.*, *Diario*, pp. 405-465; Miguel de UNAMUNO, “En el destierro: recuerdos y esperanzas”, *Obras completas*, t. X, pp. 643-676; *id.*, “De Fuerteventura a París: diario íntimo de confinamiento y destierro vertido en sonetos”, *ibidem*, t. XIV, pp. 471-559.

su madre³ como otros hitos literarios que un Derecho penal, el español, que también ha sido romano, puede recordar en cuanto fuentes mediatas o indirectas de conocimiento. Antes de esto, ya se cuenta siempre con que escasean las fuentes, todas, y proliferarán las conjeturas. A un estudio de Historia del Derecho español, como éste lo es, la extensión espacial le viene más o menos dada; la elección en definitiva será temporal. Ahora bien, acotada una época en concreto, arriesgado fuera partir de la nada, de suerte que, pretendiendo aislar al presente el discurrir de este género de penas por la época de la Codificación, no podrán omitirse una mirada liminar hacia atrás y cuantas el hilo de la investigación aconseje en lo sucesivo.

Sin embargo, en el fondo tal ejercicio no está exento de *trampas* bajo la superficie cronológica abarcada: ciertamente es al leer bibliografía o fuentes no estrictamente jurídicas cuando el estudioso se verá más importunado por toda hesitación semántica y hasta conceptual. Puesto, verbigracia, el profesor Vilar, historiador, en este brete, prueba a redondear, alrededor del *exilio*, un desbrozo nocional que resultará, sin pero ni contra, útil a este acercamiento. *Prima facie*, distingue entre *emigrante* y *emigrado*, haciendo al primero voluntario a impulso de motivos económicos, mientras que al segundo lo halla forzado por causas políticas y lo asimila al *expatriado* político y al *refugiado*; acto seguido, introduce un matiz con el *exiliado*, el cual, pudiéndolo ser voluntario o forzado, padece exclusión en cuanto delincuente político *de acuerdo con la normativa legal vigente en el respectivo país de origen y en cada circunstancia concreta*⁴, de ahí que la deportación judicial pueda pasar, cuando obedece a *responsabilidades* políticas, como una forma de exilio –éxodo, de ser masivo–, y el deportado como *exiliado*, término que, junto al de *expatriado* y *extrañado* –menos– o *confinado* –más–, se le han hecho sinónimos en el lenguaje vulgar, periodístico, literario e incluso, en

3 De la identidad de su castigo con la *relegatio* da razón el mismo Publio OVIDIO NASÓN, *Las tristes*, II.135-138 (p. 28), V.ii.57-62 (p. 92), V.xi.21-22 (p. 106); *id.*, *Epístolas desde el Ponto*, I.vii.41-42 (p. 18), aunque en alguna ocasión pueda emplear *exilium* como sinónimo: v. gr., IV.ix.41-42 (p. 86). En cambio, Lucio ANNEO SÉNECA, *A su madre Helvia (Consolación)*, pp. 84, 88 o 108 (IX.3 y 5, X.11, XI.1), p. ej., casi no habla sino de *exilium* o de *exsul*, sólo ocasionalmente recurriendo, v. gr., a *expulsus* (*ibidem*, p. 140). Véase Teodoro MOMMSEN, *El Derecho penal romano*, t. II, pp. 407-408, sobre una palabra, *exilium*, no propiamente técnica, usada ante todo por escritores no juristas.

4 Juan Bautista VILAR, *La España del exilio*, p. 16; después se centra en los términos *transterrado* y *refugiado* (*ibidem*, p. 17), en principio ambos no interfirientes con cuantos acá incumben.

ocasiones, académico. En efecto, llama la atención la pronunciada sinonimia que se advierte en esta familia léxica: se lee del deportado que ha sido *desterrado* o *extrañado* a Ultramar, que ha sido *confinado* en tal isla oceánica; del verdaderamente confinado, que se ha visto *desterrado* a cierto lugar; del desterrado que se le ha *extrañado* y del extrañado, que está *desterrado* o *deportado* de España. Sin duda es la etiqueta *destierro*, en el lenguaje no técnico, la más ambivalente o genérica, por cuanto que se emplea para aludir al resto de penas o medidas de su casta y aun –lo que comparte con la voz *deportación*– al exilio voluntario o inducido por motivaciones ideológicas, el de los también señalados como *emigrados políticos*. Se trata de un aspecto aproximativo nada baladí, el acotamiento de un *totum revolutum* que, en la medida de lo posible, se procurará despejar a lo largo del presente trabajo, aunque habremos de acostumbrarnos desde ahora a tales oscilaciones y admitirlas *a beneficio de inventario* en las citas auxiliares, aliviados sobre seguro por el contexto, que ayudará en todo caso a entender de qué se nos está hablando. La piedra de toque, por descontado, será normativa, aunque tampoco leyes y reglamentos faciliten en todo caso la ansiada precisión sistemática. En principio, habrían de librarnos del problema la consignación codificada de las penas o la separación de poderes y funciones propia del Constitucionalismo. Con anterioridad, se desconoce la garantía penal del principio de legalidad, el *nullum poena sine lege*⁵, y, por descontado, tampoco inquietan la garantía jurisdiccional ni la de ejecución, bastante vapuleadas incluso tras su reconocimiento axiomático: llevadas estas salvaguardas a los Códigos y aun a las Constituciones, la práctica discurrirá con frecuencia y durante todo el siglo XIX, más buena parte del XX, en paralelo, ajena o traidora a las máximas políticas; y veremos cómo la relegación resultó sistemáticamente aplicada en franca contraposición con las directrices legales o cómo esta misma pena, el confinamiento o el destierro tuvieron su arraigada y *non sancta* imposición gubernamental.

La categoría punitiva ha venido agrupándose por la doctrina bajo el epígrafe de *penas restrictivas de la libertad*, como segmento de las penas que recaen sobre la libertad y gradualmente por debajo de aquéllas que llegan a ser *privativas* del dicho bien: “la relegación, el extrañamiento, el confinamiento, la prisión, el destierro, el arresto, la sujeción a la vigilancia de las autoridades, recaen principalmente sobre esa misma libertad, de la cual nos

5 Véase, v. gr., epitomada su evolución histórica en Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, pp. 83-84.

despojan, ora temporal, ora perpetuamente, ora en alguna parte, ora en la plenitud de nuestros deseos”⁶ –permanece válido el planteamiento de Pacheco–. Con esto y pese a la delimitación en el tiempo, vaya por delante algún repaso a su evolución precodificada, escueto como requiere una simple introducción obligada a describir el terreno sobre el que van a alzarse las construcciones penológicas de los Códigos. Poco interesa a los efectos de este trabajo la detección concienzuda de las expulsiones de territorio a lo largo de la historia y del Derecho, sí una curiosa mirada capaz de poner en antecedentes acerca de lo que se va a considerar. A simple vista se deja reconocer que la expulsión del individuo por el grupo aparece *inmanente al estado de naturaleza*, siendo recogida con agilidad *por el derecho más primitivo y rudimentario*⁷, por eso se la ha detectado en la generalidad de civilizaciones antiguas⁸. “Caracterizadas por su mayor levedad, las penas restrictivas de libertad no privan plenamente de ésta, por lo que siendo más fáciles en su imposición, se extienden más históricamente”, tiene datado Lalinde Abadía, quien en otro lugar las conceptúa como *de cómoda y barata ejecución*⁹: economía y vetustez, dos rasgos sin duda conexos y aquél el fundamento propulsor de una categoría penal que, probablemente por esa sencillez y modicidad, fue teniendo acceso desde la Antigüedad en adelante a toda la serie de monumentos escritos –jurídicos de lleno o en parte– actuantes como cifra y motor de civilización: al *Código de Hammurabi*, al *Pentateuco*, a las *XII Tablas*, a la *Misná* o al *Alcorán*¹⁰... Prescindiendo de más profundas consideraciones antropológicas,

6 Joaquín FRANCISCO PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, p. 318.

7 Manuel TORRES AGUILAR, “La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho romano”, *AHDE* 63-64 (1993/1994), p. 703; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. I, pp. 15-16.

8 Geneviève HUSSON/Dominique VALBELLE, *Instituciones de Egipto: de los primeros faraones a los emperadores romanos*, p. 158; Jacques GERNET, *El mundo chino*, pp. 108, 221); Juan Bautista POMAR, “Relación de Tezcoco”, en vv. aa., *Relaciones de la Nueva España*, pp. 57-58 (el mundo azteca); Felipe GUAMÁN POMA DE AYALA, *Nueva crónica y buen gobierno*, t. I, p. 181, en su transcripción de las “Hordenansas de los ingas” (el imperio incaico); Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. I, pp. 913, 930; etcétera.

9 Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, ..., p. 556; *id.*, “La pena en la Península Ibérica hasta el siglo XVII”, *RSJB* 56, p. 186.

10 *Código de Hammurabi*, 154. *La Santa Biblia*, Gén, 3, 23-24; *ibidem*, 4, 11-15; Éx, *in totum*; Lev, 13, 45-46; *ibidem*, 20, 22; Núm, 5, 1-4, *ibidem*, 35, 9-32 (véase Constan- cio BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de Derecho penitenciario*, p. 35); léase, en fin, NICOLAO ANTONIO, *De exilio sive de exilii poena antiqua et nova exulumque conditione et iuribus libri tres*, pp. 14-15. *Ley de las XII Tablas*, “Fragmenta incertae sedis”, 7. *La Misná*, Mak, 2, pp. 755-758. *El Corán*, II.34; *ibidem*, V.37.

de poco momento cuando sólo se trata de introducir el tema en derechura a su más contemporáneo devenir, y con inicial demora en las épocas primitivas, para la península Ibérica bien puede remontarse el estudio de la penalidad restrictiva de la libertad meramente deambulatoria hasta algunos de los pueblos mejor conocidos, por menos remotos, de su historia prerromana: de cántabros, celtas, iberos o lusitanos nos llegan verosímiles indicios de su acudimiento al destierro, a la expulsión de la comunidad como castigo para los quebrantadores de las normas de convivencia o, cuando menos, la certeza de un *exilio voluntario* postdelictual que, aun sin componente punitivo, habrá de llegar a alcanzarlo por curso natural¹¹. En algún caso la referencia llega a ser tan plástica y jugosa como la del arqueólogo Gómez-Moreno respecto al ordenamiento tartesio, que describe provisto de un solo castigo grave: precisamente “[...] la deportación, con progresivo alejamiento de la metrópoli, aprovechándose para ello la expedición marítima de cada año por los países occidentales hasta la región fría, y a veces también hacia la parte contraria, donde el sol abrasa”¹².

Apenas consignado un ápice de las fragmentadas noticias y extrapolaciones acerca de los pueblos primitivos que han podido ir acopiando los especialistas, hemos de llegarnos a Roma en la búsqueda del manantial de la punición geográficamente restrictiva que ha evolucionado hasta nuestros días, pero entendiendo que la romanización de los Derechos locales discurrió pausadamente, más en el ordenamiento sustantivo que en el adjetivo, conviviendo en inconstante medida el complejo *ius* del conquistador, siempre en progresiva difusión, junto a usos normativos autóctonos, reconocidos o consentidos según zonas y grado de impregnación¹³. Excediendo quizás las pretensiones panorámicas que el preámbulo reconoce, no deja de interesar centralmente al objeto de este estudio la penalidad romana restrictiva de la libertad ambulatoria, por cuanto que su sistema querrá reaparecer en la Península varios siglos después de la mano del *ius commu-*

11 V. gr., Ramón FRANCISCO VALDÉS, *Diccionario de legislación y jurisprudencia criminal*, p. 381; Quintiliano SALDAÑA, “Adiciones” a Von Liszt, *Tratado...*, t. I, pp. 62-63, 129; Pedro DORADO, *Contribución al estudio de la Historia primitiva de España: el Derecho penal en Iberia*, pp. 18-28; Juan MONEVA Y PUYOL, *Introducción al Derecho hispánico*, p. 16; Enrique AHRENS, *Historia del Derecho*, p. 112; TORRES AGUILAR, “La pena...”, pp. 706-710.

12 Manuel GÓMEZ-MORENO, *La novela de España*, p. 85 (además, véayase a su p. 83).

13 SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, pp. 80-81, con noticia de penalidades seclusivas locales durante la época romana (*ibidem*, p. 118); también LALINDE ABADÍA, “La pena...”, p. 186.

ne, para mantenerse informando cuando menos la cultura jurídica hasta el propio replanteamiento penal de la Codificación. Aun con todos los antecedentes conocidos y habida cuenta de que el ostracismo heleno era medida de otra calidad, de apartamiento político¹⁴, *desquite* y no pena¹⁵ –desenreda Plutarco–, sólo en Roma encuentra la expatriación punitiva una elaboración teórica de segura –y pertinaz– contribución al Derecho peninsular¹⁶ o, al menos, sólo ésta se nos conserva. A la hora de asomarse a su ordenamiento penal, la autoridad de Mommsen sigue siendo una muy segura guía; pero conviene confrontarla con alguna otra construcción, como puede ser la eficaz síntesis pergeñada por el catedrático florentino Santalucia. En su génesis, confluentes vectores parecen ponerse a contribución para elaborar un concepto jurídico de exilio o restricción geográfica de la libertad: uno, vinculado al procedimiento criminal no sólo como condena, sino que también se decía del precautorio ardid expedito al sospechoso o acusado poniéndose en cobro para conjurar las consecuencias del temido juicio; otro, dentro de la punición doméstica –sobre mujeres e hijos de familia–, el recurso al lanzamiento de la casa y la ciudad, luego asimilado por el Estado; a lo último, el acto administrativo de interdicción del techo, el agua y el fuego como indirecto mecanismo para provocar en ciudadanos no gratos una salida de Roma¹⁷. Seguramente, el detenimiento en la disección de tales figuras habría de tenerse aquí por impertinente, así que bastará con reproducir el esquema de Mommsen, quien expone cómo, en los tiempos antiguos “[...]”

14 ARISTÓTELES, *Política*, pp. 192-195; PLATÓN, “Político”, *Diálogos*, t. V, p. 581; *ID.*, “Leyes”, *ibidem*, t. VIII, pp. 409-411; NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 86-90; MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, p. 685; VALDÉS, *Diccionario...*, p. 381; Adolfo POSADA, “Ostracismo”, en *EJE*, t. XXIV, pp. 166-168.

15 PLUTARCO, “Temístocles y Camilo”, *Vidas paralelas*, t. I, pp. 173-174 (*ibidem*, “Aristides y Marco Catón”, p. 231; “Pericles y Fabio Máximo”, p. 401).

16 Aun conexo el pueblo griego, por varias ilaciones, con la Península, halla TORRES AGUILAR, “La pena...”, pp. 708-710, *absolutamente inseguros*, para Iberia, cualesquiera datos sobre un ostracismo carente en todo caso de *componente penal* y más próximo a la simple *situación de hecho* o, de llegar a ser declarado, a la *medida de carácter político* y cautelar; complétese en Joaquín COSTA, “Ensayo de un plan de Historia del Derecho español en la Antigüedad”, *RGLJ* 68 (1886), p. 547, y en SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 63.

17 MOMMSEN, *El Derecho...*, ts. I, pp. 25, 76-80, y II, pp. 406-407, 409, 413. Asimismo, NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 8-12, 27-32; J. A. C. THOMAS, “Desarrollo del Derecho criminal romano”, *AHDE* 32 (1962), p. 16; TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 705.

se contraponían el *exilium* impuesto por sentencia judicial y la *relegatio* administrativa”; no obstante,

El sistema jurídico establecido por Sila y el de los primeros tiempos del Imperio introdujeron entre los medios penales el que consistía en restringir la libertad de domicilio, convirtiéndolo en una de las penas más importantes y frecuentes, y haciendo de ella cuatro grados, á saber:

1º. Relegación sin cambio en la condición de la persona, sin amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación, y sin confinamiento.

2º. Relegación sin cambio en la condición de la persona y sin amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación, pero con confinamiento. Por costumbre, se da á esta pena el nombre de *relegatio in insulam*.

3º. Relegación sin confinamiento, pero con amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se la denominaba habitualmente *interdictio aqua et igni*. En un principio no implicaba cambio en la condición de la persona, pero desde Tiberio en adelante se la agravó con la pérdida del derecho de ciudadano y la confiscación de bienes.

4º. Relegación con confinamiento y con amenaza de pena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se privaba al condenado del derecho de ciudadano y se le confiscaban los bienes. Fué introducida por Tiberio, y se la denominaba trasportación, *deportatio*¹⁸.

Desde la huida del incriminado se ha venido a parar en tan prolijo cuadro punitivo, cuyo solo o más ínsito ligamen reside en su común limitación a la libertad de residencia¹⁹. Serán las modalidades segunda y cuarta las recibidas por Alfonso X, precisamente como *relegatio* y *deportatio*²⁰. Aparte de la pena capital o muerte civil, el maridaje entre el exilio y la confiscación de la hacienda no es primitivo, sino estatuto de César²¹, salvo previas excepciones de legislación especial (en este caso se halló Cicerón²², cuyo epistola-

18 MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 408-409 (*ibidem*, t. I, p. 25); TORRES AGUILAR, “La pena...”, pp. 739-740, somete a crítica este sistema mommseniano de cuatro grados. Véase Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España é Indias*, t. X, pp. 411-412.

19 TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 736.

20 *Las siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio* [en adelante, simplemente *Partidas*], IV.18.5 y VII.31.4-5.

21 Véanse MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 450-451; y Contardo FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, pp. 160-161. También lease al Barón de MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, p. 137; o al caballero Louis de JAUCOURT, “Pena”, en Denis Diderot/Jean Le Rond d’Alembert (eds.), *La Enciclopedia*, p. 142.

22 Acúdase a PLUTARCO, “Demóstenes y Cicerón”, *Vidas...*, t. I, pp. 713-718.

rio desde el exilio entrevera reflexiones jurídico-políticas con trenos a partes iguales²³); sin embargo, como última realidad romana de la *deportatio*, había de ser ésa la cristalización recepcionada en la Castilla tardomedieval.

Más lineal se muestra la doctrina de Santalucia: a lo primero, en el período arcaico, surgió este recurso punitivo como sustitutivo de la pena de muerte antes de que fuera pronunciada contra hombres libres merecedores de la repulsa penal; o sea *la antigua práctica del exilio voluntario sancionada por la interdictio aqua et igni*, aparejada con pérdida de la ciudadanía, confiscación de bienes y prohibición de regreso, bajo pena de muerte, al territorio urbano²⁴. Ya en la República llegó a establecerse el *exilium* con pérdida de ciudadanía como pena autónoma para ciertos crímenes “[...] y bajo la denominación de *poena capitalis* se entendió desde entonces no sólo la muerte, sino también el exilio con la consiguiente *aqua et igni interdictio*”²⁵. Al cabo, la pena de muerte, que durante este período republicano había caído en desuso para los ciudadanos con la sustitución por el exilio, cobra nuevo vuelo, dentro de una política de endurecimiento penal, desde los albores del Imperio. Entonces, cabe las diferentes sanciones de muerte, se aperciben otras igualmente orientadas a la supresión física del culpable que ponen la vida de éste en peligro directo, entre las cuales hay que contar “la condena a la deportación (*deportatio*), es decir al destierro perpetuo, normalmente en una isla o en un oasis del desierto, con pérdida de la ciudadanía y de los bienes”; unas y otra “[...] colocan al condenado en la condición de ‘siervo de la pena’ (*servus poenae*): viéndose privado de toda capacidad jurídica, su matrimonio se disuelve, sus bienes son confiscados y se le despoja del derecho de recibir y de disponer por testamento”. Pero a la par Roma “[...] conoce otras penas, menos severas, que no comportan la pérdida inmediata de la vida ni su puesta en peligro directo”, particularmente “[...] la relegación (*relegatio*), consistente en el confinamiento a una isla o a una ciudad o región concreta, o bien en la prohibición de residencia en determinados lugares [...], la *relegatio* podía ser

23 Léase CICERÓN, “Cartas a Ático”, en *Cartas*, t. I, c. 46-73, pp. 172-214; *id.*, “Cartas familiares”, *ibidem*, t. III, c. 6-10, pp. 138-155.

24 Bernardo SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, p. 69. Sin asentir a Mommsen, esta trayectoria es puesta en duda por Juan SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*, p. 326, que sigue al germano. Véanse MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 410-411; FERRINI, *Diritto...*, p. 155.

25 SANTALUCIA, *Derecho...*, p. 88. Así figura en Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen histórico del Derecho penal*, p. 48; complétese en MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 356; THOMAS, “Desarrollo...”, p. 18.

también temporal, y además no hacía perder la ciudadanía ni los bienes”²⁶; otro distintivo con la deportación estribaba en que “[...] no era conducido el relegado á la fuerza, sino que iba por sí mismo”²⁷; acaso también “[...] en función de la categoría social del reo: *relegatio e interdictio para honestiores y deportatio para humiliores*”²⁸...

Tal sistemática penal, de precisa y compleja estructura cualquiera que fuese la concreción de su tipología, por necesidad había de verse modificada tras el ocaso del poder político de Roma sobre Hispania: el iusromanista Álvaro d’Ors, con su palingenesia del romanizado *Código de Eurico* –primera ley escrita visigoda, hacia la segunda mitad del siglo V–, tiene comprobado ser “[...] un rasgo destacado de la legislación Euriciana el de la desaparición de las penas de deportación en todas sus formas; esto era muy explicable, pues el territorio gobernado por Eurico acababa de ampliarse y se iba a ampliar más, de suerte que, ni las fronteras resultaban muy ciertas, ni existía probablemente un sistema de vigilancia suficiente para impedir el incumplimiento de tal tipo de condena. Esta dificultad debía existir igualmente en el ambiente provincial del *Edictum* llamado de Teodorico”²⁹. Las investigaciones del profesor Petit, no obstante haber detectado la presencia del castigo deportatorio en el reino visigodo de Toledo, encajan bien con la reconstrucción dorsiana, puesto que “la deportación, cuyo contenido no resulta difícil imaginar, es una pena preferentemente moderna: la evolución de sus no demasiado frecuentes apariciones presenta, tanto en las fuentes canónicas como en las seculares”, una cronología que arranca sólo del siglo VII para castigar, en variedad de circunstancias, *ilícitos políticos, con una incidencia en su represión que no permiten imaginar los datos legales*³⁰. Sin embargo, Álvarez Cora, al cartografiar el Derecho sexual visigótico, con apoyo normativo en el *Liber Iudiciorum*,

26 SANTALUCIA, *Derecho...*, pp. 116-117 (revisa el apunte sobre la temporalidad del destierro romano SAINZ GUERRA, *La evolución...*, p. 327). Cabe cotejar varios de los aspectos aludidos con su elaboración por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, p. 48; AHRENS, *Historia...*, p. 161; o, en torno al siervo o esclavo de la pena, José Antonio SACO, *Historia de la esclavitud*, pp. 51, 55-56.

27 Santiago OLIVA Y BRIDGMAN, *Novísimo diccionario de legislación y jurisprudencia*, t. VI, p. 48.

28 TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 737.

29 Álvaro d’ORS, *Estudios visigóticos, II. El código de Eurico*, pp. 59-60; Rafael GIBERT, *Historia general del Derecho español*, pp. 12, 251.

30 Carlos PETIT, “Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo”, *RSJB* 56, pp. 57-58. Véase NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 294-300.

halla formas de destierro ya desde los siglos V y VI³¹. Otra fuente, en la que debería tamizarse la pura erudición, nos asiste en San Isidoro, al tratar sobre las penas establecidas en las leyes en sus *Etimologías* –recontando, para aquella misma centuria, la VII, más de una treintena–, quien ofrece una sistematización de las imposiciones exiliatorias que, a la ya conocida nomenclatura, *deportatio* y *relegatio*, suma la denominada *proscriptio* (una suspensión de leyes con motivación política), bajo el concepto que le asigna:

31 En concreto, acudiendo al “Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum”, en *Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio I. Legum nationum Germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum*, III.4.17, para las meretrices: “Si aliqua puella ingenua sive mulier in civitate publice fornicationem exercens meretrix agnoscatur et frequenter deprehensa in adulterio, nullo modo erubescens iugiter multos viros per turpem suam consuetudinem adtrahere cognoscatur, huiusmodi a comite civitatis comprehensa CCC fragellis publice verberetur et discussa ante populum dimittatur sub ea condicione, ut postmodum in turpibus viciis nullatenus deprehendatur, nec umquam in civitatem ei veniendi aditus detur. Et si postmodum ad pristina facta redisse cognoscitur, iteratim a comité CCC fragella suscipiat et donetur a nobis alicui pauperi, ubi in gravi servitio permaneat et numquam in civitatem ambulare permittatur. [...] Si vero ancilla cuiuscumque in civitate simili conversatione habitare dinoscitur, a iudice correpta trecentenis similiter fragellis publice verberetur et decalvata domino reformetur sub ea condicione, ut eam longius a civitate faciat conversari aut certe tali loco transvendat, ubi penitus ad civitatem accessum non habeat. Quod si forsitam nec ad villa transmittere nec vendere voluerit, et iterum ad civitatem reversa fuerit, huiusmodi dominus in conventu publice L fragella suscipiat. Ipsa vero ancilla donetur alicui pauperi, cui rex aut dux vel comes eligere voluerit, ita ut postmodum ad eandem civitatem illi veniendi aditus non prestetur [...]”. *Ibidem*, III.5.5, para determinadas contravenciones incestuosas: “Superiori quidem lege de propinquorum incestu quid debeat observari decretum est; tamen, quia non minoris constat scelus paternum forum sive fratrum conmaculari, constituentes adicimus, ut concubinam patris sui vel fratris aut eam, quam scierit patrem suum aut fratrem vel semen adultrerasse, seu sit libera sive ancilla, nullus umquam propinquorum adulterare presumat; neque pater adulteratam a filio stupri feditate aliquatenus polluat. Quod si talia quisquam sciens facer frotase presumerit, facultatem eius, si filios legitimos non abuerit, heredes, quos successio expectat, obtineant; ipse vero sub penitentia religatus, perennis exilii damnationem excipiat”. Consúltese Enrique ÁLVAREZ CORA, “Derecho sexual visigótico”, *Historia. Instituciones. Documentos* 24 (1997), pp. 35, 42. Por lo demás, en su paso al romance, la primera de las leyes aducidas mantiene numeración y expulsión: “Fuero juzgo ó Libro de los jueces” (en *CECA*, t. I), III.4.17 (“é nunca mas entre en aquella cibdad”, “que la envie morar luenne de la ciudad”); por heredera de la segunda en cierto modo, cabe anotar, *ibidem*, III.5.2 (“y envíenlos fuera de la tierra”).

Exilium dictum quasi extra solum. Nam exul dicitur qui extra solum est. Vnde postliminium redeuntibus, hoc est de exilio reducendis, qui sunt eieci in iniuria, id est extra limen patriae. Dividitur autem exilium in relegatis et deportatis.

Relegatus est, quem bona sua sequuntur: deportatus, quem non sequuntur.

Proscriptio exilii procul damnatio, quasi porro scriptio. Item proscriptus, quia palam scriptus³².

Mientras Lalinde tiene señalada *la mera transmisión de conceptos romanos por san Isidoro*³³, en la opinión de Orlandis, no debió de haber en la práctica tamaña sutilidad jurídica al configurar el destierro³⁴. La profesora Morán Martín ha indagado la acogida de restricciones a la libertad de residencia en la penalidad del Derecho visigodo: primero, como penas accesorias, luego, como penas principales, con miras tanto afflictivas como innocuizadoras, para *evitar que la villa fuera el espacio de ejecución de la venganza*; y del mayor interés resulta la distinción, en la longuísima evolución altomedieval, entre un destierro local impuesto por el Concejo y un destierro –extrañamiento– del reino para los incursos en la ira regia³⁵.

Acerca del uso dado por el reino visigodo al destierro, aventura Orlandis que “[...] debió de aplicarse algunas veces como pena subsidiaria en caso de insolvencia: pero, por lo general, destierro y confiscación de bienes iban íntimamente ligados y se impondrían con frecuencia en los delitos de carácter político”; además, parece ser que la infamia solía ir ligada a otras sanciones tales como el destierro³⁶. Asimismo analiza Orlandis, manejando con amplitud los fueros en varios trabajos, la imposición del destierro –*exeat de villa*– por los ordenamientos altomedievales como resultante de la declaración de *inimicitia* por un delito *contra particulares*³⁷; previa a su verificación, duran-

32 San ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, t. I, p. 534, V.28-30. En cuanto a la proscripción, véase a Henry SUMNER MAINE, *El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas. Parte especial*, p. 114; MOMMSEN, *El Derecho...*, t. I, p. 81; y aun *EJE*, t. XXVI, p. 259.

33 LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, p. 664.

34 JOSÉ ORLANDIS, “Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE* 18 (1947), p. 64.

35 REMEDIOS MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, t. I, p. 466 (asimismo, *ibidem*, pp. 458-459).

36 ORLANDIS, “Las consecuencias...”, pp. 63-64.

37 A grandes rasgos, delitos de sangre *no por consejo ne por traicion*, delitos contra el honor o contra la honra de la mujer (JOSÉ ORLANDIS, “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE* 16 [1945], pp. 134-138); véase Eduardo

te una tregua de duración diversa y razón de ser en el pago de la indefectible pena de multa, el *inimicus* venía transitoriamente amparado frente a la venganza de la familia ofendida por la *paz de la casa*³⁸, cuya función recogería en parte la propia expulsión, toda vez que “perseguiáanse con el destierro dos finalidades: inflingir [*sic*] al delincuente una pena, como la que supone el alejamiento de su villa, y evitar que ésta se convirtiera en teatro de la venganza de la sangre. [...] Por eso era lógico que el destierro durase, por lo general, lo que duraba la enemistad”³⁹, rescatable por cierta cantidad de sueldos; el destierro aguardaba así tanto al agresor como al ofendido que rehusasen la composición y su juramento⁴⁰. Otros eran los supuestos de *traycion* que dejaban al culpable por *enemigo de todo el concejo*, causa de pérdida de la paz con relación a la ciudad, derivada de delitos especialmente graves según la sensibilidad comunitaria o vecinal por sus perjuicios o por la culpabilidad que traslucen⁴¹; ya exorbitante, resta otra pérdida de la paz ya general, frente al reino, la que, consecuencia de la perpetración de ciertos delitos de excepcional gravedad –los de lesa majestad en su mayor amplitud–, declaraba el rey⁴²: en ambos casos, su condena podía ocasionar al traidor o al rebelde –cuando no se llegase a privarle de la vida– un destierro siempre parejo a sanciones pecuniarias del correspondiente ámbito, ya municipal, ya comarcal, ya del

de HINOJOSA Y NAVEROS, “El elemento germánico en el Derecho español”, *Obras*, t. II, pp. 422-446. Aparte, no deja de registrar ORLANDIS, “Las consecuencias...”, p. 164, la existencia extraordinaria del destierro como pena autónoma (por ejemplo, en los fueros aragoneses, para castigar al perjurio). Repásese SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, pp. 245-246.

38 Véase ORLANDIS, “Las consecuencias...”, pp. 77, 104; *id.*, “La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media”, *AHDE* 15 (1944), pp. 116-121.

39 ORLANDIS, “Las consecuencias...”, p. 106 (además, *ibidem*, pp. 104-105; *id.*, “Sobre el concepto...”, pp. 184-186); asimismo, acúdase a GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, p. 58; e HINOJOSA Y NAVEROS, “El elemento...”, pp. 436-438.

40 Tomás María de VIZMANOS/Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. IX.

41 ORLANDIS, “Sobre el concepto...”, pp. 125-136; *id.*, “Las consecuencias...”, pp. 126-133. Sin pasar por alto sus rectificaciones, partamos de los actos que HINOJOSA Y NAVEROS, “El elemento...”, p. 447, conectaba con la pérdida de la paz: ciertos delitos *in fraganti* como, en su caso, el rapto y la violación, la infracción de un deber determinado de fidelidad y la desobediencia a la autoridad judicial (*la desobediencia al juez o la rebeldía en la ejecución de la sentencia*, castigadas con destierro –*ibidem*, p. 421–).

42 José ORLANDIS, “Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE* 15 (1944), pp. 653-654. Complementétese con *id.*, “Las consecuencias...”, pp. 133-139; e HINOJOSA Y NAVEROS, “El elemento...”, pp. 446-452.

reino todo (sin verse favorecido este *traydor* o enemigo público por la paz doméstica⁴³); resalta en él, por contraste, un par de rasgos: la concurrencia comunitaria en la captura del criminal y su perpetuidad sin posible recurso al pago de una composición⁴⁴. Curiosa resulta la ley del *Fuero juzgo* que impone a los siervos que toman “[...] conseio con los adevinos, ó con los sorteros de la vida ó de la muerte de algun omne” el castigo de que “[...] sean vendidos, que los lieven en ultra mar”⁴⁵; la referencia a *ultra mar* quiere justificar, en su expresividad, la cita, aunque sólo sea para negar la etiqueta de deportación: no hay aquí sino una venta como esclavo del hallado culpable –pena también de antigua raigambre–, y así, por ejemplo, figura explicado, junto a la oportuna actualización de acuerdo con la práctica contemporánea, en los comentarios de Villadiego⁴⁶.

En cuanto al Derecho penal musulmán, lo expone López Ortiz separando un “[...] sistema general de la pena tasada, que debe el juez aplicar, el *alhudud*” y otro conjunto de penas aplicables al arbitrio de las autoridades, entre las cuales se cuenta el destierro⁴⁷: “estas penas no se consideran jurídicamente como inferiores a las tasadas, *alhudud*, aunque la mayoría de ellas de hecho lo sean [...]. Los delitos a que se aplican son genéricamente transgresiones de los derechos de *Alah*; por ejemplo, infracciones rituales, sin que por ello se excluyan otras transgresiones con las que se lesionan derechos humanos”⁴⁸. Sin embargo, Loubna El Ouazzani encuadra también el destierro entre las consecuencias de esos “[...] delitos castigados con penas fijadas y determinadas en el Corán y la sunna, [...] los llamados delitos ‘hudud’, es decir, los delitos que perjudican a los derechos de Dios, o al orden público islámico”⁴⁹.

43 ORLANDIS, “La paz...”, pp. 115-116.

44 ORLANDIS, “Las consecuencias...”, p. 129; *ID.*, “Sobre el concepto...”, p. 124.

45 “Fuero juzgo...”, VI.2.1.

46 Alfonso de VILLADIEGO, *Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicum: hodie Fuero Iuzgo nuncupatus*, p. 322: “seruos autem diuerso genere poenarum afflictos, in trasmarinas partes transferendos vendi, hodie vero arbitrarie puniendos fore”.

47 José LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, p. 96. Lo corrobora Louis MILLIOT, *Introduction a l'étude du Droit musulman*, p. 762.

48 LÓPEZ ORTIZ, *Derecho...*, p. 99. Pormenorizadamente, además, acúdase a Joseph SCHACHT, *Introduction au Droit musulman*, pp. 154-155; también, a JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 743.

49 Loubna EL OUAZZANI CHAHDI, “Teoría y práctica del Derecho Penal Andalusi”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 10 (2003), p. 367.

Pasan las puniciones restrictivas de movilidad por los fueros locales, según era de esperar, bajo la sola forma del destierro local, habitualmente accesoria de otras corporales o pecuniarias, por ciertas leguas a la redonda del lugar donde se dictaba la sentencia⁵⁰; y pasa, por supuesto también, sin mayor construcción teórica y común. Excepcionalidad del principio de responsabilidad personal y signo de primitivización en la penología lo es el castigo de animales y objetos inanimados, e insólitos se presentan hoy a nuestra sensibilidad jurídica los arcaizantes vestigios en la Edad Moderna de *objetivación del mal físico natural en sus agentes no humanos*, con pronunciamientos de destierro, que recogen numerosos autores⁵¹. Aparecidos los Derechos generales, da fe Tomás y Valiente de la inestable consideración del destierro como pena corporal, atestiguando el triunfo de la opinión en contra⁵², que lo desvincula del grupo de puniciones “que la doctrina llamaba *corporis afflictiva* [...] y que por su naturaleza provocaban en el así penado una disminución o pérdida de su pública fama”, de las cuales venían exentos los hidalgos, con habitual sustitución por un destierro con multa⁵³. En cualquier caso, para el Derecho bajo-medieval y de ahí en adelante, con toda validez López-Amo constató la progresiva oficialización o normalización del destierro dentro del sistema o cuadro de las penas de Derecho público⁵⁴. Quizás convenga de aquí en adelante, ahora para la categoría en pleno, después para cada pena específica, dedicar preferente atención al ordenamiento de Castilla, no por exclusión centralista, sino

50 MORÁN MARTÍN, *Historia...*, t. I, p. 466.

51 FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 296-299. Búsquense otras referencias en Benito Jerónimo FEYJOO Y MONTENEGRO, “Chistes de N.”, *Teatro crítico universal*, t. VI, disc. 10, pp. 350-352; Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “La evolución penal en España”, en Constancio Bernaldo de Quirós/Álvaro Navarro de Palencia, *Teoría del Código Penal*, pp. 16-17; Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, “Notas” a Enrique Pessina, *Elementos de Derecho penal*, pp. 332-333; Eugenio CUELLO CALÓN, “Adiciones” a Pessina, *Elementos...*, pp. 333-334; SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, pp. 254-255; LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, p. 622; José Antonio ESCUDERO, “Consideraciones sobre la Historia del Derecho penal”, *Administración y Estado en la España moderna*, p. 587; etcétera.

52 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 392.

53 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 319. Véase Pedro ORTEGO GIL, “Los ámbitos temporal y de exclusión territorial del destierro en los siglos XVI-XVIII: la práctica judicial gallega”, *Boletim da Faculdade de Direito* 77 (2001), pp. 118, 157.

54 Ángel LÓPEZ-AMO MARÍN, “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, *AHDE* 26 (1956), p. 366 (más, v. gr., *ibidem*, pp. 346-347, 349, 353, para los varios ordenamientos peninsulares).

porque el legislador y la doctrina del siglo XIX que se ha elegido como campo de trabajo harán en sus respectivos ámbitos y de cara a sus peculiares cometidos una lectura de la tradición siempre en términos castellanos. En el Fuero Real las fórmulas preferidas para la proscripción de carácter geográfico es, a lo que se intuye de su elementalidad, la de que el culpable sea *echado del regno o señorío del rey*⁵⁵, *de la tierra*⁵⁶ o *de la villa*⁵⁷. Tan inmediatas y tan alejadas a un tiempo, las Partidas, con acogerse a otro estilo de legislar, se erigen en todo un hito normativo por muchos méritos y asimismo en cuanto a la materia aquí considerada, puesto que, a la sombra de la recepción romanista, además de acudir en la punición con asiduidad al *destierro a una isla*, incorporan la elaboración teórica clásica que distingue *deportatio* de *relegatio*. Ahora bien, tratándose de Derecho vigente durante buena porción de la centuria decimonónica, me reservo, con la sola anticipación realizada, su examen como tal para más adelante: ésa es la penología legal que, en revista previa a las penas arbitrarias, registran los sistematizadores del ordenamiento durante la primera mitad del siglo XIX, con el solo paréntesis del *Trienio liberal*⁵⁸, y fuere cual fuere el peso específico que habría de conferirle su aplicación efectiva, punto en el que aquéllos no dejan de entrar, dicha positividad en la época que va a enfocarse sobrepuja *a fortiori* los límites de un preámbulo para reclamar su acceso al cuerpo de la investigación.

No hay para qué rastrear con exhaustivo celo el paso de estas penas, asperjadas aquí y allá, por las compilaciones de los distintos reinos hispánicos: de notable empleo, habitualmente en cortejo de alguna otra punición, pudieran espigarse un curioso muestrario, pero difícilmente transparentaría, entre el maremagno de disposiciones, una sistemática cimentadora y general. Mayor interés reviste la ojeada a algunos ordenamientos convivientes o especiales que se hallarán aptos para aportar peculiaridades dignas de apunte. Así pues, atento a la penalidad practicada en las Indias, especialidad castellana, Levaggi ha expuesto cómo allá el destierro fue pena usual contra hidalgos que no se hubieran hecho acreedores con su infracción a la de muerte⁵⁹ —esto guarda identidad

55 “El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX” (en *CECA*, t. I), IV.12.2 y I.2.2, respectivamente.

56 “El Fuero Real...”, II.11.10, III.5.7, III.9.2, IV.12.2, IV.12.4...

57 “El Fuero Real...”, III.10.1. Véase Álvaro NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, en Bernaldo de Quirós/Navarro de Palencia, *Teoría...*, p. 483.

58 V. gr., en 1803, Juan SALA, *Ilustracion del Derecho real de España*, t. II, p. 100.

59 Abelardo LEVAGGI, “La pena en el Derecho hispano-indiano”, *RSJB* 58, p. 213. Una muestra de destierro indiano —impuesto en Lima— nos sale al paso en Antonio Ani-

con la pauta generalizada por Tomás y Valiente— e intensifica las referencias factuales sobre el estilo ejecutivo: “si el reo era originario de otro lugar, por lo general se lo desterraba a su lugar de origen, y si vivía separado de su mujer, que había quedado en España o en otro sitio de América, se lo destinaba allí, para que se uniese a ella”, lo cual más parece confinamiento, por mucho que se distinga luego éste bajo un aspecto que no difiere en nada de esa pena nuclear, el destierro, recién retratada, desconcertantemente, con rasgos tan *confinatorios*: “otra especie fue el confinamiento, es decir, el envío a un lugar fronterizo de las Indias (frontera con los indios infieles, los portugueses o un punto extremo del territorio)”⁶⁰. Por otro camino, Margadant identifica el *destierro dentro del imperio hispano* con *generalmente un confinamiento en una isla* —de nuevo la conocida confusión—, haciendo reseña de *la relegación a Chile o las Filipinas (para vagabundos y gitanos)*; el cuadro de penas restrictivas de libertad deambulatoria lo completa al cabo con el *extrañamiento del Reyno*⁶¹.

En las sentencias inquisitoriales de reconciliación y abjuración, no fue en modo alguno inusitada la condena al destierro con sus recurrentes azotes y la tan habitual abjuración⁶², pero también junto a otros castigos para el *relajado* como las galeras, la confiscación de bienes, las multas, la vergüenza pública, la infamia⁶³..., repitiéndose en este sector la estampa de pena socorrida, lene de por sí, útil para la atenuación, pero conjuntable con otras para agravarlas. Esa frecuencia de los destierros está documentada con todo rigor por el profesor García-Molina respecto al Tribunal de la Inquisición de Méjico, pero, superando la mera constatación, con un estudio de su regulación

ceto PORLIER, “Vida de don Antonio Aniceto Porlier, actual Marqués de Bajamar, escrita por él mismo para instrucción de sus hijos”, *Revista de Historia. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de La Laguna* 78 (1947), p. 164. Conste la serie de leyes que contienen tales restricciones a la libertad en las Indias hispanas: *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* [RLRI], I.12.9 a 11, III.3.61, VII.8.18 a 21. Véase Manuel Josef AYALA, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, ts. V, pp. 156-157, y VI, pp. 131-133. Con perspectiva general diserta Juan de SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política indiana*, t. III, pp. 420 (IV.27.1), 429-430 (IV.27.34), sobre la entidad, razón y límites de estas penas.

60 LEVAGGI, “La pena...”, pp. 213-214.

61 Guillermo Floris MARGADANT, “La pena en el Derecho indiano”, *RSJB* 58, pp. 228, 230.

62 Luis ALONSO TEJADA, *Inquisidores y herejes: cuatro siglos de Santo Oficio en España*, pp. 25-26.

63 V. gr., Antonio M. GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen de penas y penitencias en el Tribunal de la Inquisición de México*, pp. 387-388.

jurídica tan completo cuanto útil de cara a la extrapolación a otros tribunales del Santo Oficio⁶⁴; una muestra más, también “el catálogo de las penas impuestas por la Inquisición de Toledo, desde 1575 á 1727”, que copia Saldaña en sus adiciones a Von Liszt trae ese destierro en su seno, pero además una *prohibición de salir de España*⁶⁵.

Sin desatender tampoco el Derecho canónico, recordemos, en fin, las tres categorías de la penalidad eclesiástica: las penas medicinales o censuras (excomunión, entredicho y suspensión); las expiatorias o vindicativas, sin *numerus clausus*, si bien una de las cuales es, en efecto, *la prohibición o la obligación de morar en cierto lugar* impuesta a clérigos o religiosos; y los remedios penales (amonestación y represión, de finalidad preventiva) con las penitencias, contándose el retiro o las peregrinaciones como una de tales penitencias agravatorias o sustitutivas de la pena debida por el delito⁶⁶ (y hallamos apuntada por Gutiérrez Fernández la relación existente, en lo canónico, entre el destierro y *el uso de peregrinaciones piadosas*⁶⁷). Luego, estas penalidades “[...] se graduaban, al margen del tiempo establecido, según los ámbitos de exclusión o de acomodo”, pudiendo a fin de cuentas resolverse en un simple destierro de la villa o del arzobispado, en un confinamiento o incluso en el envío a los presidios norteafricanos o en una deportación⁶⁸; como botón de muestra, pensemos en el *destierro*, podría decirse *relegación*, a España, del dominico regiomontano y prohombre del independentismo Servando Teresa de Mier⁶⁹ infligido por el

64 GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen...*, pp. 346, 348, 350-377, 379.

65 SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 336.

66 JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Introducción al Derecho canónico*, pp. 169-170; consúltese a NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 225-231. Asimismo, están las restricciones de la libertad de residencia a religiosos en LAURENT WAELKENS, “La peine dans le Droit canonique”, *RSJB* 57, p. 393. Véanse CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, “Pena”, en *EJE*, t. XXIV, pp. 576-577; o la apretada síntesis de EUGENIO CUELLO CALÓN, “Destierro”, en *EJE*, t. XI, p. 882.

67 GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, p. 91, asienta el destierro en la escala penal de la Iglesia; un enlace cuyo sentido puede buscarse en EMILIO MITRE FERNÁNDEZ, *Fronterizos de Clío (marginados, disidentes y desplazados en la Edad Media)*, pp. 183, 191, con la doble motivación peregrinante: *pietatis causa e in poenam*. Hay fazaña en el *Libro de los fueros de Castilla*, n° 262, en la que los convictos “ouyeron de yr a Roma todos, pies descalços”; pero, además, otra, *ibidem*, n° 274, por cuya mediación comprobar la conjunción de peregrinaje y destierro.

68 MARÍA LUISA CANDAU CHACÓN, *Los delitos y las penas en el mundo eclesiástico sevillano del XVIII*, p. 341 (*ibidem*, pp. 341-346).

69 SERVANDO TERESA DE MIER, *Memorias: un fraile mexicano desterrado en Europa*, pp. 18-20, 27 y ss.

arzobispo de Méjico en 1794. Además, la práctica eclesial en este punto puede matizarse en cuanto que no resultó infrecuente la mitigación del destierro mediante una sustitutiva reclusión en un convento diocesano o provincial⁷⁰. Al hilo de esto último y aunque peque el inciso de digresión, ello nos lleva hasta una peculiaridad compartida por deportación, confinamiento y aun destierro, consistente en la posibilidad de quedar encubierto el castigo bajo las apariencias de un traslado organizativo, verificado conforme a reglamento o a las reglas de la orden, en supuestos que afectan a religiosos, militares o funcionarios⁷¹. Tal parece haber sido el brete, entre los primeros, de fray Diego de Hojeda o Tirso de Molina (sin embargo, por haber, hay hasta el caso de consistir exactamente en esto mismo, en un traslado, la condena judicial, como acaeció en el proceso formado el año 1836 a la controvertida sor Patrocinio)⁷²; del general Espoz y Mina y del escritor romántico Patricio de la Escosura, entre los segundos⁷³; y, en cuanto a los postreros, de Jovellanos y Meléndez Valdés⁷⁴. Baste con este repaso a la presencia de tales restricciones en el Derecho histórico hispano, un repaso en modo alguno exhaustivo, porque queda fuera del objeto propuesto en estas páginas, pero acaso ilustrativo, al menos en su intención, de la presencia y multiformidad del género penológico de referencia en nuestro espacio jurídico, máxime cuando algunos de sus rasgos reflorcerán arcaizantemente en la penalidad decimonónica.

70 CANDAU CHACÓN, *Los delitos...*, p. 343.

71 Cfr. nota VII/456, con surtido de ejemplos para los tres estamentos en una sola disposición del gobierno. Léase a Jesús Raúl NAVARRO GARCÍA, “El exilio carlista”, en Daniel Rivadulla *et al.*, *El exilio español en América en el siglo XIX*, pp. 154, 174.

72 Véanse Ramón RUIZ AMADO, “La epopeya de Cristo”, en Diego de Hojeda, *La Cristiada*, p. 6 (y, v. gr., GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen...*, p. 369, recoge el uso en el tribunal de la Inquisición mejicano de este mecanismo de destierro por traslado conventual); fray Manuel PENEDO REY (ed.), “Introducción” a Tirso de Molina, *Historia general de la Orden de Nuestra Señora de las Mercedes*, v. I, pp. CX-CXII, CXVI, CXX-CXXII; Pedro VOLTES, *Sor Patrocinio, la monja prodigiosa*, pp. 82-99, 108-110, 128-132, 159-160, 178-192.

73 FRANCISCO ESPOZ Y MINA, *Memorias del general don Francisco Espoz y Mina*, t. I, pp. 197 y ss., 281 y ss., t. II, pp. 370, 374, 376. María LUZ CANO MALAGÓN, *Patricio de la Escosura: vida y obra literaria*, p. 26, con la ‘Carta de Escosura a Ventura de la Vega’, en “Apéndice documental”, doc. IV, *ibidem*, pp. 214-215, más Patricio de LA ESCOSURA, *Ni rey ni roque*, p. 197.

74 JAVIER VARELA, *Jovellanos*, pp. 75-76, 140-141, más JOVELLANOS, *Diario*, p. 375; ANTONIO ASTORGANO ABAJO, *Don Juan Meléndez Valdés, el ilustrado*, pp. 457-462, 473, 518.

II NATURALEZA, FORMAS Y FINES DE LA RESTRICCIÓN AMBULATORIA PENAL

Las penas restrictivas de la libertad reciben este nombre por antonomasia, pues si la restringen o disminuyen sin privar por completo de ella, lo propio hacen otras penas cualitativamente, de suerte que su particularidad es de intensidad, cuantitativa, ya que el encierro o prisión tampoco puede decirse que prive en absoluto de una cierta libertad¹ (afinando menos y, por ende, soslayando problemas, a veces se las ha conglobado a todas bajo el rótulo de penas de libertad²). Se trata, pues, de un tácito convenio en torno al nombre apropiado para este grupo penológico, como para el de las privativas, útiles a los efectos clasificatorios o expositivos, y, sea como fuere, en cuanto se arrinconen sutilezas, habrá de concederse que, sin equivocidad, “como su mismo nombre indica, estas sanciones no privan de libertad al individuo afectado por ellas, sino solamente ‘restringen’ el uso de la misma”³, pero siempre con conciencia de estar hablando de un tipo de libertad específico sometido a coerción, *loci commutatio*⁴, más propiamente la de desplazamiento que la de residencia, conteniéndose ésta en aquélla. Por supuesto que dicha categoría no siempre fue empleada para rotular el conjunto, tradicionalmente designado con la misma voz *destierro* en un sentido genérico y pluricomprendivo; ni cabe a la postre felicitarse en exceso por el logro, toda vez que, como digo,

1 Reflexionan en torno a esta cuestión, v. gr., SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 295, o BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones...*, pp. 32-33, quien prefiere la división de penas en *centrífugas* y *centrípetas* (cfr. nota II/10); asimismo, LUIS GRACIA MARTÍN, “El sistema de penas en el Código penal español”, en *id.* (coord.) *et al.*, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 38, ante la nueva nomenclatura del Código Penal de 1995 (“Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal” [CP 1995], en *BOE* nº 281, de 24-XI-1995, disp. 25444, pp. 33987-34058), que encuadra *la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*, similar al histórico destierro, entre *las penas privativas de derechos* (art. 39.f CP 1995).

2 Joaquín FRANCISCO PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, pp. 194, 248-249, 290.

3 Federico PUIG PEÑA, “Confinamiento”, en *NEJ*, t. IV, p. 936.

4 SÉNECA, *A su madre...*, p. 48 (VI.1); NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, p. 6.

no parece que la denominación haya dejado de ser mejorable: obvio parece que toda pena de algún modo restringe alguna manifestación de la libertad individual...; no obstante, como convención doctrinal que ha llegado a ser, parece justificado servirse de ella, a falta de otra mejor o más exacta designación propuesta por los penalistas, mas resguardándose precavidamente bajo la adjetivación *ambulatoria* para esa libertad que se está restringiendo y que no recae, ni mucho menos, según se lee a menudo en la producción científica, tan sólo sobre la elección de domicilio⁵: sabido es que se proyecta, por el contrario, hasta cualquier forma o propósito de movilidad geográfica. Así, el confinado quebrantará su condena si sale ocasionalmente de la localidad designada en la sentencia, por mucho que en todo momento mantenga dentro de sus límites el domicilio, de igual manera que la vulneraría el desterrado cuando, aun sin fijar su residencia en la población que le ha sido vedada, visitara ésta en alguna ocasión⁶. Bien dice Boldova Pasamar, recordando el rango constitucionalizado de este derecho fundamental⁷, que resulta afectado en los concéntricos anillos de la residencia y la circulación, dos potestades de carácter ambulatorio⁸. Ésta parece ser la clave más satisfactoria, la quintaesencia del grupo penológico en cuestión: cuando se pretende dar con otro rótulo que comprenda con mayor propiedad estas penas, enseguida se hace notorio que es más lo que se pierde de concreción que lo que pueda ganarse con el nuevo concepto matizado: es lo que sucede, pongo por caso, con la fórmula de Vanderlinden, quien las considera *rangées dans la catégorie de celles frappant le lien social*, sólo que, poniendo el acento en el vínculo social como punto de impacto de tales castigos, por fuerza ha de verse asediado por modalidades represivas de todo orden que pugnan por acceder a la categoría reenumerada;

5 Desde luego, hay en ello menos desorientación que tópico: v. gr., Nicolás de PASO Y DELGADO/Bernardo de TORO Y MOYA, *Nociones del Derecho penal español, así común como excepcional*, pp. 122, 131, 136; Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice” a Pessina, *Elementos...*, p. 781; Eugenio CUELLO CALÓN, “Apéndice”, *ibidem*, p. 784; José ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 569; Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, t. I, p. 533; Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito* [1988], p. 87.

6 Con acierto lo penetra y remarca bien PUIG PEÑA, “Destierro”, en *NEJ*, t. VII, p. 327.

7 Art. 19, párr. 1º, de la vigente *Constitución Española* [CE 1978]: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”.

8 Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, en Gracia Martín (coord.) *et al.*, *Lecciones...*, pp. 121-122.

el exilio interior, las exclusiones profesionales, la marca, la excomuni3n... Comprendidas, por consiguiente, la residencia y la circulaci3n como libertades o derechos afectados, en la conocida clasificaci3n de Bernaldo de Quir3s tienen atinado reflejo tanto la gradaci3n intensiva en las sustracciones de libertad como la amplitud deambulatoria y no netamente residencial de este tipo de penas:

El principio de la limitaci3n de la libertad es, en el derecho penal vigente, el centro del sistema m3s poderoso de fuerzas, que ya obran centr3peta, ya centr3fugamente, atrayendo 3 expulsando al reo hasta un punto m3s o menos limitado en el espacio. La ley se dirige al culpable de esta suerte: *a)* s3lo en este lugar que te se3alo podr3s vivir y del modo que te sea impuesto; *b)* podr3s permanecer, 3 tu arbitrio, en todos donde quieras menos en 3ste. En suma: *a)* para que *no salgas* de 3l; *b)* para que en 3l *no entres*. En el primer caso aparecen las penas que llamaremos centr3petas. El delincuente queda circunscripto en 3rculos cada vez menores: *a')* en un pueblo 3 distrito de Ultramar (?) (*relegaci3n*) 3 en las islas Baleares y Canarias (*confinamiento*); *b')* en el pueblo de su residencia (*sujeci3n 3 la vigilancia de la Polic3a* [...]); *c')* en un establecimiento penitenciario, constituyendo las penas de privaci3n de libertad propiamente dichas [...]; *d')* en la *celda* (en el sistema celular); *e')* *inmovilizado en ella*, por recursos disciplinarios, como esposas, grillos, cadenas y otras formas de restricci3n mec3nica. La forma *centr3fuga*, que aparece en la segunda de las posiciones descritas, origina: *a')* el *destierro*, que aleja en un radio [...], pero siempre en el interior del pa3s; *b')* el *extra3amiento* del territorio espa3ol, que expulsa de la Naci3n enteramente¹⁰.

M3s simplemente, aunque con p3rdida de matices, Navarro de Palencia distingue dentro de ellas las restrictivas (*relegaci3n* y *confinamiento*) de las limitativas (*extra3amiento* y *destierro*)¹¹; y Quintano sostiene su clasificaci3n sobre un an3logo desenvolvimiento ya positivo, ya negativo: *de obligaci3n de residir en un determinado lugar*, que es *confinamiento* (que fue tambi3n *deportaci3n* y *relegaci3n*), y *de prohibir la residencia en un radio territorial*, que da *extra3amiento* o *destierro*¹². Se trata de castigos diferenciados, s3, en el plano durativo (tradicionalmente un3nime la mayor latitud

9 JACQUES VANDERLINDEN, "La pe3ne: essai de synth3se g3n3rale", *RSJB* 58, pp. 447-448.

10 BERNALDO DE QUIR3S, "Pena", p. 573. S3rvanos de ejemplo la prosecuci3n del criminalista madrile3o considerando el C3digo Penal de 1870, *ibidem*: "siete penas centr3petas (*cadena*, *reclusi3n*, *relegaci3n*, *confinamiento*, *presidio*, *prisi3n*, *arresto*) y dos centr3fugas (*destierro*, *extra3amiento*)". *Id.*, "La evoluci3n...", p. 44.

11 NAVARRO DE PALENCIA, "La pena", pp. 593-596.

12 QUINTANO RIPOLL3S, *Curso...*, t. I, p. 533.

del extrañamiento sobre el confinamiento, de éste sobre el destierro), pero sobre todo, en lo que ya es esencia, desde el punto de vista de su intrínseco contenido aflictivo, de su calibre penitencial, identificable primordialmente –pero no sólo– con la forma de vedamiento geográfico que coerce la libertad, con el destino en que debe o puede ejecutarse el castigo y, en última instancia, con la intimación recibida por el reo:

Pero si la privación de libertad no es completa, el lugar en que debe extinguirse la condena adquiere una importancia considerable. El establecimiento de colonias penitenciarias, agrícolas o no, habrá de responder en gran parte á este pensamiento de la mayor ó menor proximidad al domicilio del reo, para considerar la Pena como ménos grave ó más dura. El que es llevado á un punto de Ultramar ó á una isla, separado de todo comercio con sus conciudadanos, creará seguramente que su situacion es más desfavorable que la de aquel otro sometido á régimen igual dentro de su patria, y no errará, en verdad, en su creencia.

Pero este accidente se presenta como de gran valor cuando se aplica á las restricciones de la libertad de elegir domicilio. Libre el penado para dedicarse al género de trabajo que prefiera, para rodearse de aquellas personas que estime oportuno y continuar su vida y trato social, el punto ó puntos en que no pueda permanecer, el sitio en que haya de habitar, es objeto de atención preferente por su parte y por la del legislador. Desde luego se presentan tres términos que casi separan como cosa esencial las Penas de que nos ocupamos: conviene á saber; la nación de donde el penado es ciudadano, sus colonias ó países apartados de ella y los demás Estados extranjeros. De aquí que el destierro, la relegacion y el extrañamiento sean de ordinario considerados como castigos enteramente diversos¹³.

No estriba con exclusividad la gradación en la mayor o menor lejanía, aun siendo éste ingrediente que sin disputa debe entrar en la fórmula penológica, sino más bien en la combinación de esas fuerzas centrípetas o centrífugas con que pueden manifestarse los dictados de la norma penal y el contenido punitivo principal –allende lo geográfico– o accesorio del castigo, el cual, por su íntima repercusión sobre la circunstancia y el ánimo del penado, va a adquirir un marcado componente subjetivo, buscado de propósito o no, en el modo de desplegarse su aflictividad:

Respecto á la designacion del punto de residencia, las leyes positivas han seguido dos métodos, ó mejor dicho, han desenvuelto dos pensamientos diversos. Consiste el uno en establecer positivamente el lugar donde el penado debe vivir, tal sucede de ordinario en la relegacion; el otro en marcar los lugares en los que esté vedado el habitar, que es el sistema seguido en el destierro y en el extrañamiento.

13 Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, t. I, pp. 326-327.

En todo rigor, el primero es el único racional y que debe aplicarse, porque no puede ser del todo indiferente para la enmienda y aún para la tranquilidad general el sitio en que el penado ha de residir durante largos años. Y si el lugar se señala siempre como parece justo, ha de hacerse teniendo en cuenta por un lado, que el delincuente debe hallar en él con alguna facilidad, medios de subsistir, considerando su profesion, su fortuna y hasta su capacidad, sus costumbres y su peculiar aptitud, y por otro es preciso colocarle donde esté rodeado de más favorables condiciones para su enmienda¹⁴.

En puro teorizar, esta construcción se presenta a la razón como impecable, sin duda, pero conviene atender a otras variables que vayan más allá del contraste de intensidad, porque ni siquiera aparece sin fisuras la gradación descendente de privaciones a restricciones de libertad: Antón Oneca repara en que estas penas, “en nuestro Código penal, tienen, según el orden establecido [...], el concepto de menos graves que las privativas; pero lo cierto es que la menor intensidad en la disminución de la libertad puede resultar compensada por la duración mayor y por la ineffectividad de las segundas”¹⁵; y siempre debe evitarse caer en la simple aritmética de tiempos y distancias: un extrañamiento puede ver compensada su mayor latitud espacial y temporal en relación con el confinamiento por el hecho de que el confinado lo sea en población que no favorezca su medio o modo de vida, mientras que al extrañado le asiste la posibilidad de rehacer su vida con el mundo entero, salvo España, a su disposición. Estamos ante penas menos *manejables* que las privativas de libertad, es decir no homogeneizables o uniformables en la misma medida que éstas: se podrán erigir establecimientos de reclusión bajo un único paradigma penitenciario y con un diseño repetido cuantas veces resulte preciso, pero más arduo parece situar a todo desterrado o a todo confinado en igualdad de condiciones durante el cumplimiento de sus condenas. Lo único indudable es el aflojamiento de la acción opresora que se descarga sobre el reo: La Serna y Montalbán aluden a la menor coerción aplicada “á las penas que como la relegacion, el estrañamiento, el confinamiento, el destierro [...] y la sujecion á la vigilancia de la autoridad, en su mayor parte dependen de la obediencia de los penados”¹⁶. Mas ¿debe traducirse o reflejarse ello en la escala penal del modo en que lo hace?, ¿subyace ahí algún indicativo de la gravedad? Con original enfoque –el sopesaje de la aflictividad hasta un

14 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 466.

15 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 569.

16 Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho penal de España, arreglados al nuevo Código* [1849], p. 190.

replanteamiento de las ideas comúnmente admitidas—, Benjamín Constant lleva a sus *Principios de política* el siguiente alegato, por Pacheco calificado de *extraño é insostenible*¹⁷:

En mi razonamiento no distingo los destierros de los arrestos y los encarcelamientos arbitrarios. Porque es injusto considerar el destierro como una pena más suave. Nos engañan las tradiciones de la antigua monarquía. El destierro de algunos hombres distinguidos nos induce a error [...], con lo cual el destierro nos parece una pompa triunfal. Mas descendamos a los hombres más oscuros y trasladémonos a otras épocas. [...] Veremos cómo el destierro está ligado a la pobreza, la miseria persiguiendo a la víctima en una tierra desconocida, las primeras necesidades sin satisfacer, los menores goces imposibles. Veremos el destierro unido a la desgracia, arrojando sobre sus víctimas sospechas y desconfianzas; precipitándolas en una atmósfera de proscripción, entregándolas alternativamente a la frialdad del primer extranjero y a la insolencia del último agente. Veremos cómo el destierro ahoga todos los afectos [...]¹⁸.

Otro es el sentir de Saldaña, que reputa esta pena *sólo románticamente aflictiva*¹⁹, o del romanista Mommsen en orden a la gravedad o virtualidad *expiatoria* de tales puniciones, desdeñoso además este último —sin disimular *extrañezas*— ante otras consideraciones o prioridades de género inocuizador: no ya sólo ante el uso de la relegación o expulsión *sin otras consecuencias ni efectos jurídicos sobre las personas ni sobre los bienes de los culpables, como un medio suficiente de expiar los mayores delitos*, no ya ante su pretendida suficiencia, sino ante su valoración como pena grave entre las graves²⁰. En 1859, el magistrado Ramírez y Burgaleta, que había declinado la invitación a incorporarse a la Comisión codificadora²¹, eleva particularmente un *Código Penal de España reformado* a Isabel II en el que “la [...] relegación, extrañamiento y confinamiento, jamás son penas para ningún delito, y lo más que una ley de orden público puede prescribirlas prudente y temporalmente, es como garantía de aquel ó aquellos por cuya influencia puede temerse un acontecimiento que afecte á la seguridad del Estado”, de manera que,

17 PACHECO, *Estudios...*, p. 298 (*ibidem*, p. 319).

18 Benjamín CONSTANT, *Principios de política*, pp. 162-163.

19 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 306.

20 MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 420; al igual, PACHECO, *El Código...*, p. 59, o Pedro DORADO MONTERO, “Deportación”, en *EJE*, t. X, p. 763.

21 María Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Historiografía penal española (1808-1870): la escuela clásica española”, en Javier Alvarado Planas/Alfonso Serrano Maíllo (eds.), *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, p. 112.

también el destierro en la cuenta, su uso “[...] debe ser siempre electivo del que lo sufre, cuando se puedan conciliar las distancias con la seguridad del Estado y con la proporciones mas económicas de aquel”²²; no da, pues, entrada a las instituciones de referencia en su escala penal, aunque, pese a lo que pueda parecer a primera vista, no tiene por fútil el recurso a ellas, antes “[...] es la medida salvadora de una nacion y de los mismos que la han motivado; pero solo en aquellos casos en que se teme un acontecimiento político, una provocacion contra el órden público”: luchas de partidos, confabulaciones, ejecución de mandatos pontificios sin los requisitos legales, incluso duelos propuestos o concertados²³.

Sin duda, tenía la relegación otros potenciales que contrarrestasen posibles fallas. Ello nos coloca de lleno ante el tema de la naturaleza y los fines de estas penas, cuya traducción político-criminal cristaliza en los pros y los contras que se han aducido en su defensa o en su rechazo. Algo se ha analizado en cuanto a eficacia purgatoria, pero Pacheco, además de la expiación, detectaba otros tres posibles objetivos penales: la intimidación, la imposibilidad de dañar y la reforma del criminal²⁴; de todos ellos habrá que hacer mérito y, en mayor o menor medida, ninguno lo entenderá colmado unánime doctrina. De entrada, la fundamentación de este medio punitivo conoce una de sus más clásicas expresiones en Juan Jacobo Rousseau: “todo malhechor, al atacar el derecho social, [...] ha roto el pacto social, y, por consiguiente de que no es ya miembro del Estado”, en justicia y reciprocidad, “[...] debe ser separado de aquél, por el destierro, como infractor del pacto, o por la muerte, como enemigo público”²⁵. Con esta misma inteligencia recomendaba Montesquieu, entre otros medios, la expulsión de la ciudad y de la sociedad para refrenar aquellos delitos que atentan contra las costumbres, así como el exilio para obrar lo propio con los que van contra la tranquilidad de los ciudadanos en

22 ISIDORO RAMÍREZ Y BURGALETA, *Código Penal de España reformado, nuevo procedimiento criminal, y organizacion general de los tribunales*, pp. XXI, XL-XLI.

23 RAMÍREZ Y BURGALETA, *Código...*, pp. XXXIX-XL, 9 (arts. 32 y 33 de su “Código Penal de España, reformado”).

24 PACHECO, *Estudios...*, pp. 198, 226.

25 Juan Jacobo ROUSSEAU, *Contrato social*, p. 61. Contradictorio de la teoría del pacto de origen es, p. ej., Jeremías BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, pp. 84-86; o un Henry SUMNER MAINE, *El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas. Parte general*, pp. 65 y ss., o asimismo *id.*, *El Derecho... Parte especial*, pp. 92-93.

cuanto *simple lesión de policía*²⁶. A la expedita disponibilidad con que Lalinde o Torres Aguilar motivaban el brote arcaico de estos castigos, puede entonces agregarse para dar razón de aquella antigüedad en el uso esta legítima y proporcionada defensa comunitaria, ora proporcionadamente defensiva, ora preventiva²⁷, librándose de sus alimañas, de sus *culebras de cascabel* –dirá Franklin– o de *la peste que se quiere apartar de la propia casa* –en imagen de Vizmanos–, atajar un *veneno* en una parte –habla ahora Pacheco– *para derramarlo, y dejarlo correr largamente en otra*²⁸; por eso hace hincapié Antón Oneca en cómo, a poco que se observe, *la naturaleza de las restrictivas es eliminativa mejor que correccional*²⁹ (eliminación relativa que, en el temor de algunos, podrá por vicio congénito llegar a absoluta, a la muerte del reo³⁰), lo cual, si cuando eran justificadas por los filósofos franceses dejaba las conciencias de pleno satisfechas, si cuando así se expresaba el penalista madrileño no podía ser sino tacha en todo caso doctrinal, hoy, mientras prima una orientación constitucional de las penas *hacia la reeducación y reinserción social*³¹, ha devenido característica prácticamente invalidante: no caben bajo ningún concepto las penas lisamente neutralizadoras, tanto es así que o encuentran éstas una justificación regenerativa del sentenciado o habrán de reciclarse como medidas de seguridad con eficacia cautoria (el confinamiento, el destierro); pero, inviable o inoperante alguna de estas dos opciones, la sanción desaparecerá del ordenamiento (caso del extrañamiento). Es más, persiga o no el legislador con ellas algo que sobrepuje la eliminación del delincuente, no parece que las apreciaciones de lenidad intimidatoria puedan llevarse a sus últimas inferencias. Existen una aflictividad y un designio eradicatorio que a nadie le pueden pasar por alto y que no aparecen contrabalanceados por expectativas de utilidad tratamental:

26 MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, pp. 244-245.

27 Cayetano FILANGIERI, *Ciencia de la legislación* [1822], t. IV, p. 21.

28 Cfr. notas II/48 y II/53; PACHECO, *Estudios...*, p. 296.

29 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 569.

30 Véanse FÉLIX de ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal (exposición y crítica)*, p. 241; Concepción ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, pp. 76, 78-79.

31 Art. 25.2 CE 1978: literalmente esta consigna alcanza no más a *las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad*, pero tendencialmente queda informando toda la filosofía de las penas que se pueden aplicar por el Estado o la sociedad a sus ciudadanos.

Lorsque le lien social est le point d'impact premier de la peine, l'effet de celle-ci est de rompre celui-là. Le coupable est exclu de la société à laquelle il appartient [...]. Par rapport à une société déterminée, cette peine se présente donc nécessairement comme s'appliquant en dehors d'elle et ce trait la distingue sans doute de toutes les autres peines³².

Y no es esto sólo: echando la mirada sobre la crítica histórica a esta penalidad en su conjunto, podría decirse que llueve sobre mojado, que no brota dicho reparo en nuestros días como original, espontánea percepción; antes, reimpulsa una línea analítica de hondas raíces. Son, en efecto, y siempre lo han sido, penas de exclusión, desarraigantes, marginadoras, por morde una profilaxis social que actúa en un doble sentido: eliminando, sí, pero a la par *tranquilizando* al público, a la comunidad³³. Excluyentes de esta manera lo fueron en su antigüedad más conocida³⁴; lo fueron en ordenamientos que se sirvieron con profusión de ellas, como los Derechos locales³⁵ o el inquisitorial³⁶; lo han sido, finalmente en la época de la Codificación. Habiendo constatado Tomás y Valiente, en su revista al Derecho penal de la monarquía absoluta, cómo la finalidad correctiva y recuperadora para la sociedad, al menos entre una parte de la doctrina, entraba también en la fórmula magistral de las penas, pero asimismo que “la corrección del penado era [...] o un piadoso deseo o un proyecto a largo plazo” tan solamente, acaba por preguntarse: “¿qué efectos morales benéficos podía producir en el reo la pena de destierro [...]?”³⁷. Contra lo que pudiera temerse, no faltan jurisconsultos dispuestos a

32 VANDERLINDEN, “La peine...”, p. 447.

33 Véase PACHECO, *Estudios...*, pp. 202, 239-240.

34 V. gr., léase a Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores, y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra*, t. I, p. 123 (I.11.5-6), completado por TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 727.

35 Cfr., v. gr., notas VII/441 y VIII/30. Han delineado estos aspectos, para épocas más o menos pretéritas, v. gr., Bronislaw GEREMEK, “El marginado”, en Jacques Le Goff (ed.), *El hombre medieval*, pp. 362-367; o, dentro de sus planteamientos geográficos, de Iñaki BAZÁN DÍAZ, “El destierro en el País Vasco (siglos XIV-XVI). La exclusión social a través del sistema penal”, en César González Mínguez et al. (eds.), *Marginación y exclusión social en el País Vasco*, pp. 52-53.

36 En la economía penológica de la Inquisición, aportaba prevención y ejemplaridad (GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen...*, p. 345; Enrique GACTO, “Aproximación al Derecho penal de la Inquisición”, en José Antonio Escudero [ed.], *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, pp. 185-188).

37 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 354-355.

satisfacer sus dudas. La Serna y Montalbán, por ejemplo, opinaban de las que denominaron *penas de coartación de libertad* que

[...] son tambien morales y correctivas, porque el hombre, especialmente si es jóven, cambia con facilidad de costumbres y tiene la esperanza de presentarse con reputacion en el pueblo en que se halla, cuando quizá no podia hacerlo en aquel en que fue condenado³⁸.

Vicente y Caravantes describe asimismo como rasgo del grupo (y junto a la eficacia preventiva, esto es eliminatoria, que salta a la vista) un tono correccional, siempre franqueado por las nuevas oportunidades:

[...] tienen una grande eficacia preventiva, porque libran á las poblaciones de la presencia de los individuos que turbaban su tranquilidad; y son tambien *correctivas*, porque llevando al culpable á otra población ó á otro cielo donde no le acompaña la nota de sus pasados extravíos, ni tiene los medios de realizar sus proyectos criminales, mudan por lo regular sus hábitos y su corazon³⁹.

Podrá darse esto, sin duda, pero ¿será siempre así? Parece que no, puesto que otro de los más acerados achaques a las penas restrictivas de la libertad es el de acarrear, unido a la suerte del desplazado, un simultáneo desplazamiento del problema: tal acontece con la recurrente utilización del destierro frente a los *baldíos*⁴⁰ o a los delincuentes políticos⁴¹ (pese a la general aceptación en cuanto a éstos⁴²), mucho más si se extiende este espectro penológico hacia la delincuencia común. Ya Lardizábal, como síntesis

38 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 100; igual, PACHECO, *Estudios...*, p. 237.

39 José VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal reformado, comentado novísimamente*, p. 147. Pero léanse las aprensiones, respecto a la deportación, de Benjamín CONSTANT, “Comentarios” a Cayetano Filangieri, *Ciencia de la legislacion* [1836], t. VI, pp. 108-112.

40 Así, por lo que atañe a esos *baldíos* –vagos, mendigos– de cuya represión por medio del destierro no escasean documentos (cfr. nota VIII/18), reflexiona Carmen LÓPEZ ALONSO, *La pobreza en la España medieval: estudio histórico-social*, pp. 570-571, en torno a la doble faz represiva y exclusiva de su tratamiento (también BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 43).

41 Así, y dentro de otro ámbito asimismo alarmado muy en particular por los desvíos de pensamiento, el inquisitorial, váyase, verbigracia, a GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen...*, p. 347.

42 Véanse PACHECO, *Estudios...*, pp. 136-155; Enrique de BENITO, “Delitos políticos”, en *EJE*, t. X, p. 660.

española del espíritu de su siglo, lo había avisado distinguiendo entre unos *hombres depravados, que puedan contagiar a otros con su mal ejemplo* y otros *hombres que, conservando por otra parte la probidad y vergüenza, cometen ciertos excesos que no son incompatibles con la hombría de bien y con el honor*, tan sólo estos segundos desterrables con bastante utilidad, en tanto los primeros irían allá donde fuesen a extender el mal y “[...] no es justo que por libertar del daño a un lugar se vaya a causar a otro”⁴³. Y, por descontado, tampoco faltan con anterioridad advertencias y cautelas en tal sentido, así cuando Castillo de Bovadilla atestigua cómo “[...] por ventura los señores Inquisidores con esta consideracion no destierran à los penitenciados, antes los mandan guardar con gran cuydado: y que sean entretenidos, porque no inficionen à otro, y se vea como viven públicamente”⁴⁴. De vuelta al siglo XIX, el mismo Caravantes, ahondando en el análisis de la predicada suficiencia reformatoria, se da cuenta de que, si por un lado –y sumada a esa posible corrección–, “[...] tienen una grande eficacia preventiva, porque libran á las poblaciones de la presencia de los individuos que turbaban su tranquilidad”, por el otro, correlativamente, “[...] estas penas, especialmente el extrañamiento y el destierro, han sido tachadas de *inmorales* y de perjudiciales, consideradas con relacion á las poblaciones adonde van los culpables”⁴⁵. Vacilante el fiel de la balanza, merece su traslado la siempre ponderada doctrina de Silvela –convenza o no–, rompiendo una lanza a favor de la filosofía que sustenta esta política penal; puesto a ello, lo primero que intenta es probar la eficacia intrínseca para la enmienda del mecanismo restrictivo de la libertad en su forma *centrífuga*:

Por de pronto parece indiscutible que tal procedimiento no es sólo restriccion, sino restriccion tutelar. Apartado el reo de aquellas influencias que fueron causa del Delito, empieza á reflexionar friamente, sobre las perturbaciones que ha traído á su patria que mira desde más léjos y juzga por esto mejor; escucha la opinion de otras personas no contaminadas por la pasion que le dominaba; conoce otras leyes, otro régimen político y social, y de esta manera puede esperarse con seguridad una enmienda más profunda y duradera que por la cárcel y el encierro. ¡Cuántos conspiradores han dejado de serlo por el extrañamiento, á quienes la prision no hubiera apartado de tan funesto camino! ¡Cuántos que en cosas leves han faltado á la obediencia á la autoridad han vuelto del destierro sumisos y obedientes! Obra aquí el Estado á semejanza del tutor y del padre que muchas

43 Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas*, pp. 250-251.

44 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, p. 388.

45 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 147.

veces –con profundo acierto– esperan la enmienda del menor, más que de otro medio, de su separación del sitio donde empezaba á viciarse⁴⁶.

Abundando en estos aspectos, valora Silvela la potencialidad correccional, regenerativa, pedagógica del extrañamiento, superior en su criterio a la de la cárcel:

Formando parte de estas condiciones positivas, se presenta la instrucción, que en algunas Penas –como la de extrañamiento– resulta naturalmente de vivir bajo otro régimen, bajo otras leyes, con otra compañía, alejado de la influencia que llevó á delinquir, sin que sea necesario medio alguno especial para conseguirlo, y que en otras –como las de privación de libertad– no se obtiene sin esfuerzo⁴⁷.

Pero su toma de partido no le arrastra a soslayar el tema, recurrente entre los detractores, de la extensión del mal que, en teoría, podría acarrear, llevar en sí el extrañamiento, con lo que alude a la archiconocida diatriba de Benjamín Franklin (1706-1790) en contra del envío –la deportación– de condenados desde Inglaterra a las entonces colonias norteamericanas, así apostillada por Concepción Arenal, que transcribe el párrafo del bostoniano, extraído de un artículo de 1751 para la *Pennsylvania Gazette*:

Seguramente, ni el impuesto sobre el té, ni la deportación de los criminales de Inglaterra á sus colonias de América determinaron á éstas á sacudir el yugo; pero en un pueblo predispuesto á rebelarse, debía causar una impresión profunda la voz de Franklin cuando apostrofaba á los ingleses diciéndoles: “Vacando vuestros presidios sobre nuestras ciudades, haciendo de nuestro suelo la cloaca de los vicios de que no pueden libertarse las viejas sociedades europeas, nos habeis hecho un ultraje del cual debieran habernos puesto á cubierto las costumbres patriarcales y puras de nuestros colonos. ¡Oh! ¿Qué diríais si os enviáramos nuestras culebras de cascabel?”⁴⁸

A la primera oportunidad que hubo con el proceso codificador en marcha para discutir estos aspectos, el trámite del Proyecto de 1821, se puso sobre la mesa tal reproche: el Ateneo Español, una de las instituciones informantes, “es contrario a la deportación recordando que Franklin la comparó en Londres con el envío de serpientes de cascabel [...]”⁴⁹. Silvela, por el con-

46 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 315-316.

47 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 321.

48 ARENAL, *Las colonias...*, p. 31.

49 Juan FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, v. I, p. 74.

trario, lo trae a colación porque cree poder refutar el sofisma redarguyendo hasta qué punto las *culebras de cascabel* suponen amenaza sólo dentro de su hábitat, como que dejan de ser *venenosas* con extraerlas de él y trasladarlas a otro en que ya se mostrarán inofensivas, al menos para este espacio de recepción y sus moradores.

Dícese contra esto que en el comercio de las naciones no es lícito á una enviar á otra los miembros criminales y corrompidos. ¿Qué pensaria de nosotros, decia Francklin [sic] al hablar de estas Penas, si enviásemos á Europa nuestras culebras de cascabel para desembarazarnos de ellas?

Pero tales argumentos no son en primer lugar aplicables al destierro, que se cumple bajo la vigilancia de la autoridad dentro del país mismo, ni á la relegacion á las colonias ó territorios incultos, y además tratándose del extrañamiento carece de exactitud. El extrañado, cuando lo es por Delito que justamente merezca tal Pena, no puede considerársele como un hombre pervertido y profundamente inmoral. Más bien es una persona que dentro del juego de las pasiones de su país, es peligroso y perturbador, y deja de serlo desde el momento que se le separa de su patria. En el extranjero no encuentra los elementos necesarios para delinquir y no delinque, y hasta la carencia de ciertos derechos, como los políticos, la especie de arbitrariedad que respecto á él puede emplear el Gobierno del Estado en que habita, le hace completamente inofensivo. Si las culebras de cascabel al llegar á Europa dejasen de ser venenosas, habria razon y justicia para sacarlas de América.

Buena prueba de lo poco que se teme el daño que el extrañado puede ocasionar se halla en la conducta seguida invariablemente por todas las naciones. Cuando se ajusta un tratado de extradición de malhechores se exceptúan siempre los crímenes políticos y áun algunos otros castigados generalmente con el extrañamiento, por no considerarse como un peligro el que moren sus autores en el territorio⁵⁰.

Cuando no se demuestre todo lo correccional que pretendía Silvela, en semejantes casos, *por delito que justamente merezca tal pena*, podrá convenir como muy utilitaria la expulsión o extrañación por innocuizadora –suerte de contaveneno para hacer frente a desestabilizadores *ofidios*–, conforme concede sin propugarla también Jiménez de Asúa, pero subsistiendo siempre el óbice de la previsible protesta y denegación de los países tomados por receptores: “quizá fuera la más cómoda de las penas, incluso para sujetos de delito común y de mayor temibilidad. Pero los países extranjeros los devolverían con harto motivo, ya que no tienen el deber de soportar crimi-

50 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 316-317 (parecida expresión halla la idea, v. gr., en Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia*, t. III, pp. 35-36); véase ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia...*, p. 242.

nales ajenos”⁵¹; con sólo esto –así siente Rossi–, ya “[...] importa poco saber si reúne ó no las demas condiciones que se requieren en una buena pena”⁵². Ello atendido, por eso es que él mismo o Silvela únicamente respaldaban la seclusión para el encartado por crímenes políticos, –*cuando lo es por Delito que justamente merezca tal Pena*–, en el cual no veían periclitada su réplica, mas lo que entonces les queda entre las manos parece un recurso penológico de bien reducidas potencialidades... Por su parte, Vizmanos y Álvarez, que estuvieron en la comisión que elaboró el Código de 1848, con semejantes premisas se solidarizan con su admisión en la escala general, pues

[...] si bien es cierto que cada nacion debe cuando consulta su utilidad no dañar á la de sus vecinas, y por esta razon no debe enviar á otros Estados la peste que quiere apartar de su propia casa, como segun nuestra opinion el extrañamiento no debe imponerse sino por ciertos delitos políticos ó encaminados á turbar la tranquilidad interior del Estado, no hay temor de causar daño al vecino [...]⁵³.

Todavía, a vueltas con el desplazamiento del problema, se apuntan otras grietas en la valorada ejemplaridad de estas penas, como el hecho ejecutivo de que el sujeto salga del ambiente en el que ha delinquido y en el que su cumplimiento pudiera resultar didáctico o de algún modo intimidatorio para la comunidad de su extracción⁵⁴; o también una nueva complicación de la convivencia de los deportados con los nativos del paraje de destino: una suerte de *agravio comparativo*⁵⁵ al confrontar los derechos del relegado, progresivamente recuperables, y los de suyo mínimos de la población indígena... Bien, pero resta una última consideración, porque quienes piensan tan sólo en los delincuentes políticos dejan estrecho campo a la virtualidad penal, mas

51 JIMÉNEZ DE ASÚA., *Tratado...*, t. II, p. 1078.

52 Pellegrino ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, t. II, p. 269.

53 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 358.

54 Véanse, v. gr., FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, pp. 22-23; o PACHECO, *Estudios...*, pp. 235-237.

55 En las Cortes de 1821, a vueltas con la posibilidad de recuperación de derechos civiles u obtención de empleos públicos por los deportados, y contra la crítica que “[...] cree que este artículo podrá hacer impresion en los habitantes de la isla ó colonia adonde vayan los deportados, pues acaso tendrán por una humillacion el que estos puedan obtener los derechos civiles y los empleos”, Calatrava pide en su defensa que los escépticos se hagan “[...] cargo de la clase de destinos en que han de estar los deportados, y de que los habitantes que allí haya no tendrán tanta delicadeza” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390).

quienes extienden ésta a una amplia masa o variedad de malhechores acaban por poner en evidencia la restricción expelitiva de la libertad, por cuanto que ésta “[...] no hace más que sacar al delincuente de la vida nacional, cuando su incompatibilidad alcanza á toda vida social”⁵⁶. No circunscritos así los reparos solamente a las deficiencias correccional y ejemplarizante, la imputada inadecuación llegará hasta afectar –otro pilar en demolición– a una primaria finalidad expiatoria. En la primera década del siglo XX, con la ciencia penológica en plena ebullición de replanteamientos, escribe Navarro de Palencia su calicata a las consecuencias jurídicas del delito, entre ellas *determinadas penas, que mejor pudieran decirse prevenciones de política gubernamental; p. ej. el extrañamiento, el destierro*⁵⁷:

En cuanto á las restrictivas, mucho pudiera decirse que demostrara su ineficacia y su inutilidad. Quizás éstas, descubran en el fondo cierto sentido de previsión, cierto carácter preventivo, que se suma á las demás objetividades perseguidas supremamente por las llamadas penas privativas de libertad; pero aún siendo así, es imposible desconocer que el fin inmediato de ellas, sedimenta y se combina con el generalmente acusado, ofreciendo un símbolo común con el de todas las demás penas. Esto es, su naturaleza expiatoria, su correspondencia ideológica con el sentido general retributivo informante de los sistemas represivos usados hasta hoy, cuya substancia no es otra, que la del mal equivalente para el mal producido y manifestado por el delito⁵⁸.

Y, ello no obstante, a partir de esta acusación de responder a una inteligencia retributiva de la pena, puede accederse a otra que denuncia la sospecha de que ni tan siquiera a este fin se muestra eficiente en todos sus usos históricos: cuando se detiene a considerar Tomás y Valiente el destierro en su aplicación particular a los delitos contra la propiedad, razona que “en el siglo XVII y en el XVIII se comprendía, por ejemplo, que la pena de destierro y azotes contra el ladrón era torpe y equivocada, pues con ella se facilitaba la profesionalización del ladrón, quien sólo se veía obligado legalmente a algo consustancial con su oficio: el cambiar de ciudad con frecuencia. Tal pena era ineficaz no por demasiado dura o por excesivamente leve, sino por inadecuada al delito y al delincuente”⁵⁹, quien no expía ni retribuye nada: prosigue su

56 ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia...*, p. 210.

57 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 536.

58 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 521-522.

59 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 355. (a mayor abundamiento, *ibidem*, pp. 258-259).

oficio con la normalidad del transhumante en busca de pastos, del jornalero que marcha a la vendimia, del viajante de comercio hacia nuevos mercados... Quedaría a la postre, y por exclusión, el ya apuntado objetivo innocuizador o supresor del poder de dañar que dibujan Vizmanos y Álvarez Martínez:

[...] trasladarle á un teatro distinto de aquel en que quiso ejercer su imperio, donde pudo alagar cooperadores, donde su influencia pueda ser mayor, y tal vez altamente nociva, es quitar el poder de dañar, dejando al delincuente la facultad de cultivar acaso la semilla de grandes virtudes que le hagan merecer bien de sus semejantes. [...] ¿Impide uno por medio de maquinaciones el que se reuna la representacion nacional con el objeto de que el rey gobierne como poder absoluto, é indirectamente venga á modificarse la constitucion del Estado? ¿Ó bien es el promovedor de una rebelión contra el gobierno para proclamar una constitucion diferente? Pues relegado este individuo, estrañado, segun el caso, será en distinto pais un hombre tal vez benemérito, y en el nuestro nada temible desde que lo abandone⁶⁰.

También La Serna y Montalbán, como con tanta convicción Ramírez y Burgaleta, reinciden sobre que “en los delitos políticos son muy eficaces, porque alejando á los facciosos del teatro de sus intrigas, les inhabilita para la realizacion de sus proyectos, y les da lugar á la enmienda para que puedan volver algun dia sin peligro al seno de su patria”⁶¹. Sin embargo, en los casos del extrañamiento o de la deportación, la dinámica de la punición comporta el engrosamiento en el exterior de núcleos o bolsas de oposición al Estado⁶² –recordemos la postulada reserva de esta penalidad para delitos de cariz político– que acaso pudieran contrarrestar los pretendidos beneficios eliminatorios. Entre los pensadores del Estado moderno, el utilitario Tomás Hobbes (1588-1679) endereza, mediado el siglo XVII, su crítica contra la lenidad e ineficacia del destierro en cuanto categoría general, puesto que, a su entender,

[...] no parece por su propia naturaleza, salvo otras circunstancias, que sea una pena, sino más bien un subterfugio o una orden pública para evitar el castigo, por medio de la fuga. [...] En efecto, si se destierra a un hombre permitiéndosele, no obstante, gozar de sus bienes y de las rentas de sus tierras, el mero cambio de aires no es un castigo, ni el hecho redunda en beneficio del Estado, para el cual se han ordenado todas las penas (con objeto de formar hombres dispuestos a la observancia de la ley), sino muchas veces en perjuicio del Estado. Un hombre desterrado es un enemigo legítimo del Estado que le

60 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 320.

61 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 100.

62 Véase SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 466-467 (cfr. nota V/149).

desterró, ya que no es miembro del mismo. Pero si, además, queda privado de sus tierras o bienes, entonces el castigo no consiste en el destierro, sino que puede incluirse entre las penas pecuniarias⁶³.

Habría que volver sobre los diversos puntos de este debate al considerar individualizadamente cada una de las penas que componen la categoría, pero no quería prescindir de la enunciación de sus problemas como forma de acercarme al conjunto, pues su conexión con el concepto, la naturaleza y los fines, más que directa, resulta ingénita. Además, lo que se dice del extrañamiento, pongo por caso, se aviene a su traslado al destierro y viceversa muy a menudo: la *contaminación* de otras gentes, la ineficacia correctiva, la falta de ejemplaridad... Pero si los anteriores reproches se aplican con mayor o menor pertinencia a unas u otras penas de la gama, hay uno que impregna a todas por igual: el de su desigualdad. Aunque otros autores han desarrollado el argumento *in extenso*, con plausible condensación lo expone Vicente y Caravantes: “[...] porque la necesidad de vivir en un punto ó la prohibición de vivir en otro, pueden ser penas ligeras para un capitalista, y muy graves para un artesano que pierde tal vez los medios de adquirir su subsistencia saliendo del punto en que reside ordinariamente”⁶⁴. Ya en la primera ocasión en que el espíritu codificador hubo de ocuparse de esta pena no faltó la consabida recriminación:

La comision ha tenido por principio la igualdad de todos los españoles; y habiendo adoptado la pena perpétua, quiso llenar este objeto privando á los rematados de todos sus bienes, de todo derecho á adquirir algunos en España, de la pátria potestad, y hasta del vínculo del matrimonio en los efectos civiles. ¿Y la igualdad legal exige sacrificios tan terribles? ¿Qué tiene que ver un hombre que no ha poseido jamás bienes algunos con otro que siempre ha estado nadando en la abundancia? Ambos, pues si incurrieren en un mismo delito serán castigados con la deportacion, siendo el delito de los que merecen esta pena; pero el uno no perderá ni un cuarto, porque nunca le tuvo; y el otro un millon, ó 20, si 20 tuviera. ¿Y tan enorme diferencia hará la igualdad de la pena? El hombre nacido, criado y mantenido en la abundancia y en el goce consiguiente de comodidades en la comida, vestido y colchones, ¿dormirá en la paja, vestirá la gerga, y comerá la gazofia que el criado siempre en la pobreza y entre mil privaciones de toda especie? Hé aquí la igualdad que antes de un mes ha de conducir á la muerte al desgraciado rico, al paso que alargará la vida á su compañero pobre. [...] Y obligado un rico á un régimen de esta clase, ¿no ha de

63 Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, p. 259.

64 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 147.

ser preciso que antes de un mes el muerto fingido por la comision, sea muerto verdadero por naturaleza?⁶⁵

Esta crítica por mor de las desigualdades económicas se corresponde con lo que Bentham llamaba *circunstancias que influyen sobre la sensibilidad de los individuos*, entre las cuales precisamente cobran particular relevancia las de orden pecuniario⁶⁶, casi siempre insuperables y de las cuales sólo algunas felices circunstancias podrán salvarlos de la marginación: el contar con allegados fuera del perímetro geográfico de exclusión, el ejercer un oficio con fuerte demanda o simplemente el no depender de las rentas del propio trabajo⁶⁷. García Goyena y Aguirre quieren sentar la máxima de que, “para imponer las penas, se deben tener en consideracion las circunstancias que influyen en la sensibilidad”, toda vez que “las mismas penas nominales no son para diferentes individuos las mismas penas reales”⁶⁸. Esto es algo casi imposible de prever en la ley y, de no desecharse la penalidad de referencia, sólo podría quedar pospuesto hasta el momento procesal decisorio, acaso al criterio gubernativo: a ello ya había acudido con todo miramiento un espíritu tan práctico como el de Castillo de Bovadilla, por ejemplo, quien dedicara un parágrafo a hacerse eco de cómo:

Son algunos de la opinion, que la pena mas á proposito para la enmienda del rico es la del destierro, y al pobre la del dinero; porque el pobre sentirá mas la hacienda, que le falta, y el rico el sosiego, que desea. A otros parece lo contrario, que el pobre sea desterrado, y el rico en dinero condenado, y en que no salga de la Ciudad por algun tiempo, porque la privacion de la libertad le es de mayor temor, y castigo. [...] De estas opiniones, la mas segura me parece, ni condenar siempre al pobre en dinero, ni dexar de condenar al rico, y al pobre, quando convenga, en destierro; porque menos inconveniente es, que el malo damnifique con su conversacion la Provincia agena, que la propia, pues la caridad bien ordenada comienza de sí mismo: y si en la otra delinquiere, tambien allá le castigarán, y le expelerán de ella⁶⁹.

65 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1395 (es Romero Alpuente el disertador).

66 BENTHAM, *Tratados...*, pp. 62-63 y 317-318. Véase SAINZ GUERRA, *La evolución...*, p. 330.

67 Lo ha puesto de manifiesto, entre otros, BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 43.

68 Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislacion hoy vigente [1852]*, t. V, p. 105.

69 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, p. 460 (II.13.57).

Por descontado, la ponderación del tratadista del corregimiento no iba a zanjar ni mucho menos la cuestión, compañera en toda época del destierro o exilio. De paso, nos ofrece la *solución* utilitariamente hallada en el siglo XVI para la eventualidad de *que el malo damnifique con su conversacion la Provincia agena*; y por ventura quedaremos tranquilizados con la respuesta del autor de la *Política para corregidores*: que “tambien allá le castigarán, y le expelerán”... La cuestión de la desigualdad delata unas sanciones punitivas que satisfacen mal uno de los valores requeridos por los penólogos: el de ser *ciertas*, “es decir, capaces de causar impresion en el delincuente. El destierro y la infamia pueden ser muy ciertos para algunos, y no escitar en lo mas mínimo la sensibilidad de otros”⁷⁰. Sin embargo, enfrente, aparte de las ya vistas, otras características conectan ya con sus ventajas o cualidades, como la divisibilidad, el “[...] *ser susceptible de mas y de menos ó divisible* para conformarse con las variaciones en la gravedad de los delitos”, ello en virtud de su condición de penas crónicas, pues, en sentir de Bentham, “el principal rigor de ellas consiste en su duracion, de modo que serian casi nulas, á no ser por esta circunstancia”⁷¹; en verdad –asienten Goyena y Aguirre–, “algunas penas corporales son muy divisibles en intensidad; mas otras lo son por la duracion; por ejemplo, la cárcel, el confinamiento y la espatriacion”. Otro atributo se cifra en la remisibilidad: “*remisible* es la pena de que puede ser libertado el reo despues de haberla comenzado á sufrir. El confinamiento por cierto número de años, la cárcel y otras penas de la misma especie tienen en alto grado aquella cualidad”⁷². En íntima ligazón está la propiedad de ser penas reparables⁷³. Y aún, sin agotar el recuento de las notas que los tratadistas han ido decantando, muchas veces sin la necesaria precisión⁷⁴, quiero destacar otra de las no pacíficas, precisamente *uno de los primeros instintos penales del género humano*⁷⁵: la analogía que debe presidir, según las escuelas que miran por la retribución o por la prevención general, el emparejamiento de la pena con el delito, de manera que, “cuando haya cierta conexión ó semejanza entre la pena y el delito, se dice que es análoga”, y se espera que “[...] tendrá la propiedad de gravarse [*sic*] mas fácilmente en

70 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 108; PACHECO, *Estudios...*, p. 233.

71 BENTHAM, *Tratados...*, pp. 307, 311.

72 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 108.

73 V. gr., GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 100.

74 Véase SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 309; y atiéndase a una exposición completa de las cualidades de la pena atendiendo á su naturaleza y fin en Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios del Derecho penal con aplicacion al Código español*, pp. 332-336.

75 PACHECO, *Estudios...*, p. 234.

la memoria, y de presentarse con más viveza á la imaginación”⁷⁶, coadyuvando en todo a la ejemplaridad; pues bien, su analogía con los delitos la encuentra Silvela, según lo visto, “[...] sobre todo en los políticos, únicos para los que son verdaderamente eficaces las Penas de que tratamos”⁷⁷, pero a los que, de cualquier forma, no siempre se ha limitado su aplicación. Sin embargo, con todas las salvedades admisibles, puede resultar muy sugerente considerar la decadencia de estas penas eslabonada a otra decadencia, al superlativo decremento de los delitos políticos.

En fin, “tales medios penales, cuando no se emplearon como medidas de índole administrativa, tuvieron el carácter de penas principales y sustantivas; mas hoy, por el contrario, en el derecho moderno generalmente se presentan como accesorias” –escribía el catedrático ovetense Aramburu y Zuloaga a finales del XIX–, “pero lo que caracteriza nuestra legislación es que estas penas son principales”⁷⁸. Poco después, ratificaba Cuello que “en el derecho moderno tienen generalmente el carácter de penas accesorias de otras de cierta gravedad [...]; pero en nuestro Código son éstas penas principales”⁷⁹. Pues bien, la sujeción a la vigilancia dejó de ser pena, principal o accesoria, ya en 1870, salvo especialidades ultramarinas, e incluso medida en 1995; la deportación desapareció del ordenamiento en 1932; y la expulsión de extranjeros nunca accedió al estatus de pena, siendo hoy un sustitutivo de la pena o de la medida de seguridad; los otros tres recursos punitivos de la serie, extrañamiento, confinamiento y destierro, se han sostenido en la escala general hasta la promulgación del Código en vigor, 1995, que marca el descarte del primero, en tanto que los otros dos sólo pueden decirse subsistentes reconvertidos, con la expulsión, en sendas medidas que hasta las clásicas denominaciones se han dejado en el camino, más una pena análoga sólo al destierro. Acaso la sujeción a la vigilancia de la autoridad también pueda entenderse en cierta forma recuperada o, por mejor expresarlo, rediviva en esa *libertad vigilada* incorporada al Código como medida de seguridad por la recentísima reforma del verano de 2010⁸⁰. A estudiar y discernir todo esto se aplican las páginas que siguen.

76 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 108.

77 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 466. Así, también GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 150, ante las escalas graduales del Código de 1848.

78 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, pp. 781, 783.

79 CUELLO CALÓN, “Apéndice”, p. 784.

80 “Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, en *BOE* n° 152, de 23-VI-2010, disp. 9953, pp. 54811-54871.

III

EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL GRUPO PENOLÓGICO

Estudiadas con profundidad las penas restrictivas de la libertad ambulatoria por Torres Aguilar en su génesis histórica y aporte al ordenamiento patrio desde el Derecho romano¹, cuando importa aquí focalizar el período que encuadra la Codificación, no puede soslayarse el arranque a partir de una fase primera de mudanza desde el Antiguo Régimen hasta el Estado liberal, en la cual aquellos *orígenes* comenzarán constituyendo el horizonte teórico de la restricción geográfica en cuanto punición, para ser sometidos a indeclinable –y más o menos abrupta– actualización con la mirada puesta en la moderna ciencia transpirenaica de lo político-criminal.

1. Primer tercio del siglo XIX

Para el Estado absolutista en que sin sobresaltos se hallaba constituida España en las postrimerías del siglo XVIII, el entrante iba a ser el de la lucha por su supervivencia, de modo ostensible sobre el campo de batalla –el rosario de pronunciamientos y escaramuzas, las *guerras carlistas*, también el federalismo–, pero además, con diversa notoriedad nunca desposeída de transcendencia, institución por institución en los órdenes político, jurídico, económico, social... Poco se diría con atribuir a la nueva centuria la liquidación de aquel Estado absolutista: el fin del Antiguo Régimen no pudo sobrevenir sino de manera cruenta, tras dilatada, aunque intermitente, guerra civil, tras siempre continua pendencia política y social, tras diversas alternativas de poder o sistema que se producen señaladamente durante el primer tercio del XIX, cuando aún la pujanza legitimista consigue abortar en dos ocasiones el sistema constitucional que traían los liberales. *Período de contradicción radical* ha denominado Pérez-Prendes al que se desenvuelve a lo largo del reinado de Fernando VII²; la muerte de este monarca lo es asimismo del ré-

1 TORRES AGUILAR, “La pena...”, pp. 701-785.

2 José Manuel PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso de Historia del Derecho español*, pp. 914-915.

gimen absoluto, mas no de las fuerzas sobre las que se sustenta; entre éstas y los valedores de las novedosas ideas democráticas en mayor o menor grado –entre dos formas de entender España– va a desatarse entonces y hasta la llegada del último cuarto del siglo una enconada contienda bélica –no primordialmente sucesoria–, si bien con la regencia de María Cristina de Borbón la rigurosa fórmula absolutista quedará desahuciada por obra y gracia de un ya irreversible liberalismo. Junto a las llamadas *guerras carlistas*, he aludido arriba a la pugna –digamos– también dialéctica que se abre con ostentación en las germinales Cortes de Cádiz (1810–1813), donde el choque entre el legitimismo reaccionario y los herederos de las propuestas que el reformismo ilustrado y los teóricos de la Francia revolucionaria habían aportado en la precedente centuria se resuelve en toda una subversión de la estructura del Estado y de la sociedad, subversión que tropieza con un más que dificultoso traslado a la práctica de sus iniciativas por las adversas circunstancias que la rodeaban (el endémico atraso cultural en el común de la población, la invasión napoleónica, la incipiente pero vertiginosa emancipación americana; luego, la oposición de la Santa Alianza...), pero que, de arrollador espíritu, proyecta su influjo ideológico sobre todo el progresismo liberal y demócrata español que le sigue.

Una de las más acentuadas preocupaciones de los pensadores de la Ilustración había sido la reforma penal; nombres como los de Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Lardizábal, Howard o Bentham siembran doctrinalmente la semilla que habría de fructificar en la más avanzada legislación decimonónica³. Sin embargo, descendiendo de la teoría a la práctica, amaneció el siglo XIX sobre el *statu quo* jurídico-penal que con tenebrosas tintas pintara Joaquín Francisco Pacheco en párrafo que ha hecho fortuna como telón de fondo para los balbuceos de la codificación en España, aquél que, vuelta la mirada sobre *el año de gracia de 1800*, denuncia *las mismas o casi las mismas penas que en los siglos medios* perpetuadas con el vigor del Fuero Juzgo, del Fuero Real y de las Partidas, *y por complemento, la arbitrariedad, reconocida y ordenada como principio en nuestros tribunales*⁴. Pese a tanta

3 Véanse, v. gr., Richard HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, pp. 48-53; o Enrique ÁLVAREZ CORA, “El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio”, en Enrique Gacto Fernández (ed.), *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, pp. 187-200.

4 PACHECO, *El Código...*, p. 77 (además, *id.*, *Estudios...*, pp. 328-332).

polémica como desató⁵, la descripción, de 1848, no era inusitada: un cuarto largo de siglo antes, en 1821, la comisión especial redactora del Proyecto que habría de convertirse al año siguiente en Código Penal lo presentaba ante las Cortes confrontado con el ordenamiento antecedente (y, a la postre, también subsiguiente durante la *Ominosa Década...*) en términos todavía más trágicos, y tanto que “la comision [...] no encuentra razon para dejar de reprender la conducta de nuestros legisladores en haber consentido que siguiesen y se perpetuasen entre nosotros en días de tantas luces, en el siglo de la sabiduría, esas leyes, parto de los siglos bárbaros, que no respiran sino fuego y sangre”⁶. Pues aún habían de seguirse y perpetuarse no pocos años así tales leyes como, por ende, la conducta reprendida por los comisionados.

Sin embargo, la situación en los albores del XIX, la que ha sido descrita en las comentadas y contestadas páginas de Pacheco, no concede todavía ningún resultado positivo al movimiento reformador: frustrada toda búsqueda más remota (con el incoherente saldo que puso en evidencia Del Rosal⁷), quedan aún muy lejanos temporal y conceptualmente precedentes como el de aquella propuesta de *Código Ferdinando o Código Fernandino*, en su pretensión *claro y sucinto*, elevada en 1751 a Fernando VI por el Marqués de la Ensenada⁸, o el proyecto de Código —cuando menos, de reforma concordada de la legislación penal castellana— auspiciado por Carlos III⁹, que en nada ha-

5 Consúltense, para la crítica de tales apreciaciones, Constante AMOR Y NEVEIRO, *Bibliografía de los estudios penales*, pp. 8-14; SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, pp. 419-426; o QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, pp. 104-105. Y, en un intento de reducir la controversia a sus justos términos, Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, p. 145; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, pp. 752-754; o JOSÉ ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *ADPCP* 18.3 (1965), pp. 475-476; *id.*, *Los antecedentes del nuevo Código Penal*, p. 8.

6 “Proyecto de Código penal, presentado á las Córtes por la comision especial nombrada al efecto”, de 1821 [PCP 1821], en *DSC* 1821-1822, t. I, n^o 38, ses. 1-XI-1821 (en apéndice, fechados discurso y texto el 21 de abril del mismo año), p. 481.

7 Juan DEL ROSAL, “Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII”, *RGLJ* 173, pp. 614-644; asimismo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 755; y LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 25.

8 José María ANTEQUERA, “La codificación moderna en España”, *RGLJ* 68 (1886), pp. 493-494; Antonio PÉREZ MARTÍN/Johannes-Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, p. 31; LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 12, 19.

9 Véanse LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 13, 17-32; José Ramón CASABÓ RUIZ, “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal

bía asimismo parado, como no sea el fundamental *Discurso sobre las penas* de Lardizábal¹⁰; tampoco el plan de *nuevo código* presentado a Godoy en 1797 llegó a cuajar en el orden legislativo¹¹. La Novísima Recopilación, formada por Juan de la Reguera Valdelomar, promulgose por real cédula de Carlos IV el 15 de julio de 1805¹²; aunque el resultado superaba el designio primero de reeditar actualizada la Nueva Recopilación, sus normas no dejan de proceder, como contenido medular al que se incorporan las mandatos posteriores, de ese corpus de 1567 (comprensivo, a su vez, de disposiciones del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, de las Ordenanzas Reales de Castilla, de las Leyes de Toro...), y es que, como valora Silvela, adoleció del necesario aplomo derogatorio¹³, hecha opción del continuismo y su inextricable sistema que un cuarto de siglo antes desaprobaba ya, entre otros muchos, el reformista Jovellanos¹⁴.

Ya Pacheco ha relacionado el Derecho penal positivo al comienzo de la centuria: Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas. Silvela ahonda algo más y se preocupa por el Derecho efectivamente invocado y llevado a la práctica en los tribunales de Justicia; apoyándose en las respectivas *prácticas criminales* de Elizondo (1769), Vizcaíno (1797) y Gutiérrez (1804/1806), encuentra que

de 1787”, *ADPCP* 22.2 (1969), p. 320 (en pp. 332-342 transcribe este “Plan de Código Criminal de 1787” que, sin parte general, aunque sí procesal, nada presupone en cuanto a penología); Maximiliano HERNÁNDEZ MARCOS, “Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787”, *Res Publica* 22 (2009), pp. 39-68; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 107; María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, pp. 332-335.

10 Léase al propio LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 108; complementado por José Luis BERMEJO CABRERO, “El proyectado suplemento a la Nueva Recopilación”, *AHDE* 50 (1980), pp. 303-326.

11 Consúltese José Luis BERMEJO CABRERO, “Acotaciones a la última fase del proceso recopilador”, *AHDE* 57 (1987), pp. 207-264.

12 Léase en *Novísima Recopilación de las leyes de España* [NRLE], pp. XLV, XLIX. Su crítica, razonada e inmisericorde, particularmente en Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, p. 28; de signo contrario es el parecer de José VICENTE Y CARAVANTES, “Reseña histórica del Derecho penal desde la Novísima Recopilación hasta el día”, en A. du Boys, *Historia del Derecho penal de España*, p. 546; y más ponderado se muestra, en fin, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, p. 240.

13 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 41. Consúltese en NRLE, III.2.3, el orden de prelación de fuentes: *Novísima*, fueros y *Partidas*.

14 Gaspar Melchor de JOVELLANOS, “Discurso sobre la necesidad del estudio de nuestras antigüedades”, *Obras*, t. III, p. 483.

“puede, sin embargo, asegurarse que, á pesar de que el Fuero Real, el Fuero Juzgo, segun la opinion más recibida, y los Municipales donde fueron usados y guardados, tenian legalmente preferencia sobre las Siete Partidas, este Código y las Pragmáticas contenidas en las Recopilaciones era lo único que se citaba y se aplicaba en lo criminal, cuando el uso, la práctica ó la arbitrariedad de los Tribunales no lo modificaba y corregia, como venia sucediendo ántes de la publicacion de la Novísima y sucedió después. [...] La práctica no era muy ajustada á la ley positiva vigente”¹⁵. Y dicha práctica *contra legem* todavía se extendía hasta el pertinaz agravio al “[...] principio, ciertamente poco discutido, pero no aplicado, de que las leyes romanas no rigen en España”¹⁶... Por parecidos derroteros ha transitado Núñez Barbero un siglo después, *leyendo los libros de la época* (también a un García Goyena casi en el ecuador del siglo XIX, aunque todavía bajo la férula normativa de la monarquía absoluta), para alcanzar similares conclusiones: prevalencia en la práctica de las Partidas, mas, ante todo, del arbitrio judicial que, en definitiva, las antepone¹⁷. Para más inri, no se supo a ciencia cierta ni se convino a cuál de las versiones de cada corpus legal había de acudirse con preferencia, debido a la falta de textos declarados oficiales por el legislador antiguo o moderno¹⁸.

La función desempeñada por las Partidas en esta etapa de su fuerza legal parece haber sido, más allá de su directo manejo en el caso concreto, la de proporcionar al jurista el marco teórico que *mutatis mutandi* llamaríamos hoy *parte general* del Derecho penal; ésta no ha conocido un metódico desarrollo científico hasta avanzado el siglo XIX, carente con anterioridad de conceptos generales dentro de un sistema como los que son

15 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 41-43. Sus referencias, Francisco Antonio de Elizondo, *Práctica universal forense de los tribunales superiores de España, y las Indias* (1769/1786); Vicente Vizcaíno Pérez, *Código y práctica criminal, arreglado a las leyes de España* (1797); y José Marcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España* (1804/1806).

16 Román RIAZA, “El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12 (1929), p. 112.

17 Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*, p. 11; véayase, por ejemplo, a Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente* [1842], t. VII, p. 184.

18 Sin ir más lejos, quejábase de ello, en el epicentro de este debate, uno de los diputados del *Trienio*, Gareli, al discutirse la totalidad del Código Penal (DSC 1821-1822, t. II, nº 61, ses. 24-XI-1821, pp. 951-952).

creación abstracta de la dogmática moderna, predicables en conjunto de tipos o sanciones¹⁹. En la época, las leyes describen todavía conductas con esa forma de expresión pormenorizada, muy casuística, que caracteriza la normativa del Antiguo Régimen, mas a la hora de extraer los principios a que responde su tipificación (siquiera para las indefectibles –en ese sistema procedimental– interpretaciones analógicas), la literatura jurídica y los prácticos del Derecho no encuentran más firme ni más autorizada apoyatura que el corpus de Alfonso X. ¿Pero cuál es, por lo que aquí interesa, esa incipiente sistematización a que someten las Partidas el instrumental punitivo que heredan, con ciertas adherencias diversas, del Derecho romano²⁰, y que mantiene, de un modo u otro, su presencia, al menos teórica, en el ordenamiento hispano hasta casi mediar la centuria decimonónica? La partida VII ordena en una de sus leyes, aunque sin sujetarse por ello al *numerus clausus*, “Quántas maneras son de penas”²¹: no reúne muchas, sólo una simbólica septena, pero entre ellas quiere recuperar aquellas *deportatio* y *relegatio* de la punición clásica, aunque sin pararse ahora a darles una nomenclatura que ya les tenía aplicada en la partida IV al ocuparse de “Quáles judgadores pueden dar juicio de pena de deportacion” y cuáles de relegación: “siete maneras son de penas por que pueden los judgadores escarmentar á los hacedores de los yerros; et las quatro dellas son mayores et las tres menores”; pues bien, entre aquéllas, tras la muerte y los trabajos forzados perpetuos,

[...] la tercera es quando destierran á alguno para siempre en alguna isla ó en algunt lugar cierto tomándole todos sus bienes²².

Algo más abajo, como amortiguamiento de esta severa deportación y con la prisión preventiva de por medio, tenemos, ya pena menor, que

19 V. gr., MARTÍNEZ MARINA, *Juicio...*, p. 30; modernamente, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, p. 102; o TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 203 y ss.

20 Acúdase a José María ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, pp. 200-201; Antonio PÉREZ MARTÍN, “Fuentes romanas en las Partidas”, *Glossae* 4 (1992), p. 245.

21 *Partidas*, VII.31.4; véase Rafael SERRA RUIZ, “Finalidad de la pena en la legislación de partidas”, *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, 21.3-4 (1962/1963), pp. 143-144.

22 *Partidas*, VII.31.4.

[...] la quinta es quando destierran á algunt home por tiempo cierto en alguna isla ó para siempre, non le tomando sus bienes²³.

He aquí la relegación. El encuadre de una y otra, *deportatio* y *relegatio*, dentro de la taxonomía expuesta –pena mayor aquélla, menor ésta– no parece obedecer en sus alcances prácticos sino a la distribución de facultades que la norma articula entre los jueces ordinarios y el rey con sus vicarios, pero, con defectuosa asimilación, el sabor iusromanista sólo de intento podría llegar a más en un primer acercamiento: ni tan siquiera se ha salvado, vertiendo en lo posible las correspondencias, el anacronismo en la relación de las dignidades o cargos juzgadores...

Non pertenece nin es dado á todo juez de poner la pena de desterramiento que es llamada deportacion, ante son personas ciertas á quien conviene dar tal sentencia como esta; et son estas, asi como emperador, ó rey ó sus vicarios que tienen sus logares especialmiente, ó los que son llamados prefecto pretorio ó *praefectus urbis*, ó el senador de Roma: et si otro alguno la diere, non vale nin debe seer complida, fueras ende si la otorgare el príncipe, et él señalare logar do sea echado, ó alguno destes sobredichos que han este mesmo poder. Mas la otra sentencia que es llamada relegacion puédelas dar todo juez que ha poder de juzgar los malhechores á muerte ó á perdimiento de miembro. Et por quáles malos fechos deben dar estas dos sentencias que son llamadas deportacion et relegacion diremos complidamente en la setena Partida deste libro en las leyes que fablan de los maleficios²⁴.

Ordinarios jueces son aquellos [...] que non pueden echar de tierra nin desterrar á ninguno en alguna isla ó en otro lugar; ca tal pena como esta non pertenece á otro atal de la mandar dar sinon al rey; ó á otro alguno que fuese vicario ó adelantado general por él señaladamente en toda su tierra²⁵.

Por encima de escala punitiva tan anticuada que ya lo era en tiempos del rey legislador, una postrera observación acerca del último penalismo del Antiguo Régimen puede arrojar todavía alguna luz sobre la situación real, que no tuvo por qué coincidir –de hecho, no lo hizo– con las previsiones contenidas dentro de la normativa *de iure* en vigor. Conscientes de ello, tal vez debamos resevar cualquier énfasis meramente, allende la letra de la ley, en la discrecionalidad permitida a los juzgadores –con sus mecanismos analó-

23 *Partidas*, VII.31.4.

24 *Partidas*, IV.18.5.

25 *Partidas*, VII.31.5.

gicos y aun iuscreativos²⁶—, como Derecho efectivamente aplicado en última instancia²⁷.

Puede desorientar al investigador o al curioso el alborear de la idea codificadora, cuya dinámica pide alguna síntesis para un mejor planteamiento de arranque en mi estudio: convergen en él una necesidad de ordenación y reforma largamente sentida con los balbuceos de novedades tanto conceptuales como semánticas que penetran entrelazadas y zigzagueantes por los terrenos de la ciencia jurídico-política, de manera que a menudo resulta bien arduo discernir con exactitud a qué se están refiriendo quienes en la época proponen o reclaman la formación de un código unificado por materias²⁸... Solamente la Constitución de 1812 alcanza a dar el auténtico pistoletazo de salida para la carrera codificadora²⁹, por cuanto que una primera zancada —en 1811 el proyecto presentado por Figuera de Vargas— hubo de extraviarse y con ésta ulteriores iniciativas³⁰. Según dirá, melancólico a la par que vehemente, el exordio del Proyecto de Código penal de 1821, “el decreto Real de 4 de Mayo de 1814 y sus desgraciadas resultas entorpecieron y paralizaron el poderoso impulso y el rápido movimiento que los Diputados de las Cortes extraordinarias habían comunicado á la máquina política y á sus gloriosas empresas. Los frutos saludables de aquella bellísima estacion, ó se agostaron ó se perdieron”³¹; a

26 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 377; véase Enrique GACTO, “Aproximación a la Historia del Derecho penal español”, en Bartolomé Clavero *et al.* (eds.), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, t. I, pp. 507, 513, 524.

27 V. gr., Pedro DORADO MONTERO, “Código penal”, en *EJE*, t. VI, pp. 590-591.

28 Así, qué pensaba con exactitud, en 1767, Pablo de OLAVIDE, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*, pp. 131, 134; o qué Juan MELÉNDEZ VALDÉS, “Discurso sobre los grandes frutos que debe sacar la provincia de Extremadura de su nueva Real Audiencia, y plan de útiles trabajos que esta debe seguir: para el día solemne de su instalacion y apertura, 27 de Abril de 1791”, *Discursos forenses*, pp. 140-141. Interpretese con Bartolomé CLAVERO, “La idea de código en la Ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos* 6 (1979), pp. 52-55.

29 *Constitucion política de la Monarquía española. Promulgada en Cádiz á 19 de Marzo de 1812* [CPME 1812], art. 258, taxativo en que “el código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Consúltense LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 33-37; y CLAVERO, “La idea...”, pp. 81-88.

30 ANTEQUERA, “La codificación...” [nº 68], pp. 496-499; Juan DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español (Lecciones)*, t. I, p. 391.

31 Presentación del “Proyecto de Código Penal” de 1821, p. 482. Sobre el conato y su significación, Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del*

despecho de lo cual, por más que pasase como una exhalación la experiencia revolucionaria de Cádiz, hubo de quedar su Constitución como ideario, como enseña liberal y progresista. Seis años después, una de las más acuciantes tareas que se impuso el constitucionalismo arrancado al omnímodo poder de la primera restauración fernandina fue la de atender, en su ideal doceañista, el requerimiento de un código criminal común a toda la monarquía, conforme al programático precepto de la carta magna gaditana, ahora restablecida por la revolución desencadenada con el pronunciamiento del general Riego en Cabezas de San Juan el 1 de enero de 1820. Fruto de ello fue la comisión preparatoria nombrada el 22 de agosto de 1820, si bien no pudo acometer sus trabajos hasta el 9 de noviembre de 1820³², dejando “[...] el proyecto redactado en poco más de tres meses, cuando acaso exigía tres años”³³ (entre otras cosas por tomar en consideración los informes y las observaciones de organismos y particulares³⁴), y presentándolo a las Cortes el 21 de abril del año entrante³⁵. Allí se vio debatido precepto a precepto según requería la Constitución³⁶ (gracias a lo cual disponemos de una impagable interpretación *auténtica* de quienes estaban legislando³⁷), hasta culminar con la aprobación definitiva, el

Constitucionalismo y de la Codificación. I, pp. 37-38; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Aspectos generales del proceso de codificación en España”, *Códigos y constituciones (1808-1978)*, pp. 12-16. Repárese el “Decreto de 4 de mayo de 1814”, en DIEGO SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*, t. I, doc. 15, p. 223.

32 Presentación del PCP 1821, p. 482.

33 DSC 1821-1822, t. II, nº 73, ses. 6-XII-1821, p. 1125: se trata de palabras pronunciadas por el ponente José María Calatrava, no única ocasión en que pondera el celo y la presura de la comisión por sí mismo presidida (v. gr., *ibidem*, nº 60, ses. 23-XI-1821, p. 920). Léase al diputado Antonio ALCALÁ GALIANO, “Memorias”, *Obras escogidas*, t. II, p. 163.

34 Véase Jeremías BENTHAM, *Cartas de Jeremías Bentham al Señor Conde de Toreno, sobre el Proyecto de Código penal presentado á las Cortes*, pp. 9-22 (c. 2^a); con Alfredo OPISSO, *Historia de España y de las repúblicas latino-americanas*, t. XXII, p. 76; también, v. gr., José Antonio SAINZ CANTERO, “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822”, *ADPCP* 20.1-2 (1967), pp. 509-538; y Joaquín CUELLO CONTRERAS, “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822”, *ADPCP* 30.1 (1977), pp. 83-110.

35 Presentación del PCP 1821, p. 485.

36 CPME 1812, art. 136.

37 En justa estima la tienen GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, p. 246; o LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 132-135.

13 de febrero de 1822, de nuestro primer Código penal³⁸, promulgado el 9 de julio de 1822³⁹, cuya controvertida aplicación preciso es reseñar, aun lamentando que, mientras las conjeturas generales podrán alcanzar un satisfactorio grado de certeza, cuando se desciende a particularizar entre las instituciones punitivas, mucho irá de la ejecución de un destierro a la de una sujeción a vigilancia, mucho de un extrañamiento a una deportación, y ello será así por efecto de la infraestructura administrativa que cada pena requiere para su desenvolvimiento práctico: a mayor complejidad operativa, habría que contar con menos probabilidades de implementación bajo una norma de incierto o fugaz manejo procesal⁴⁰. La tabla de penas que este primer Código exhibe clasifican, aún con todo el regusto a Antiguo Régimen, en corporales, no corporales y pecuniarias⁴¹. De tales compartimentos, la penalidad restrictiva de libertad deambulatoria viene recibida mayoritariamente en el primero; ahí figuran la *deportación*, el *destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español*, el *confinamiento en un pueblo o distrito determinado* y el *destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado*, quedando fuera, ya entre las no corporales, la inesperada *sujeción a la vigilancia especial de las autoridades*⁴². Todas ellas habían sido propuestas por el Proyecto matriz

38 “Código Penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822” [CP 1822], en *CDOGC* 9, pp. 211-381.

39 Su accidentada tramitación legislativa tras ser aprobado en las Cortes puede seguirse a través de LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 46-49.

40 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. XL; GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, pp. 46-47.

41 Atiéndase a las observaciones y alternativas remitidas por los organismos informantes (en *DSC 1821-1822*, t. II, n.º 84, ses. 17-XII-1821, p. 1331), así como la defensa por boca del comisionado Vadillo del sistema acogido (*ibidem*, n.º 61, ses. 24-XI-1821, p. 938).

42 Art. 28 CP 1822: “A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. *Penas corporales*. Primera. La de muerte. Segunda. La de trabajos perpetuos. Tercera. La de deportacion. Cuarta. La de destierro ó estrañamiento perpetuo del territorio español. Quinta. La de obras públicas. Sesta. La de presidio. Sétima. La de reclusion en una casa de trabajo. Octava. La de ver ejecutar una sentencia de muerte. Novena. La de prision en una fortaleza. Décima. La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado. Undécima. La de destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado. *Penas no corporales*. Primera. La declaracion de infamia, á cuya clase pertenece tambien la de ser declarado indigno del nombre español, ó de la confianza nacional. Segunda. La inhabilitacion para ejercer empleo, profesion ó cargo público en general, ó en clase determinada. Tercera. La privacion de empleo, honores, profesion ó cargo público.

de 1821, cuya formulación penológica gozó en la Cámara de amplio beneplácito⁴³.

La vigencia efectiva del Código Penal de 1822 ha sido puesta tradicionalmente en tela de juicio, desde Alonso y Alonso, por la mayor parte de la historiografía⁴⁴: socavada su eficacia por las disensiones intestinas de los propios liberales, por el aún inconcluso proceso de elaboración de un código de procedimiento y un reglamento general de policía y por la inadecuación de la administración judicial y penitenciaria, resultó definitivamente abortada al irrumpir en la Península los Cien Mil Hijos de San Luis bajo el mando del Duque de Angulema⁴⁵, con la subsiguiente liquidación del *trienio liberal* o

Cuarta. La suspension de los mismos. Quinta. El arresto que se imponga como castigo; el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el de meramente correccional. Sesta. La sujecion á la vigilancia especial de las autoridades. Sé-tima. La obligacion de dar fianza de buena conducta. Octava. La retractacion. Novena. La satisfaccion. Décima. El apercebimiento judicial. Undécima. La reprehension judicial. Duodécima. El oír públicamente la sentencia. Décimatercia. La correccion en alguna casa de esta clase para mugeres y menores de edad. *Penas pecuniarias [...]*”.

43 Art. 29 PCP 1821: “A ningun delito y por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes: / *Penas corporales*. / 1ª. La de muerte. / 2ª. La de trabajos perpétuos con una marca. / 3ª. La de deportacion. / 4ª. La de destierro ó extrañamiento perpétuo del territorio español. / 5ª. La de obras públicas. / 6ª. La de presidio. / 7ª. La de reclusion en una casa de trabajo. / 8ª. La de vergüenza pública. / 9ª. La de ver ejecutar una sentencia de muerte, marca ó vergüenza. / 10. La de prision en una fortaleza. / 11. La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado. / 12. La de destierro perpétuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado. *Penas no corporales*. 1ª. La declaracion de infamia, á cuya clase pertenece tambien la de ser declarado alguno indigno del nombre español ó de la confianza nacional. / 2ª. La inhabilitacion para ejercer empleo, profesion ó cargo público en general, ó en clase determinada. / 3ª. La privacion de empleo, honores, profesion ó cargo público. / 4ª. La suspension de los mismos. / 5ª. El arresto que se imponga como castigo, el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el de meramente correccional. / 6ª. La sujecion á la vigilancia especial de las autoridades. / 7ª. La obligacion de dar fianza de buena conducta. / 8ª. La retractacion. / 9ª. La satisfaccion. / 10. El apercebimiento judicial. / 11. La reprehension judicial. / 12. El oír públicamente la sentencia. / 13. La correccion en alguna casa de esta clase ó establecimiento de beneficencia ó enseñanza para mugeres y menores de edad. / *Penas pecuniarias [...]*”.

44 José M. ALONSO Y ALONSO, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 2 (1946), p. 15; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 108; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso...*, p. 919.

45 La hueste, llegada el 7 de abril de 1823, no se replegará hasta 1828; en torno

*constitucional*⁴⁶. Por encima de todos esos escollos, a partir de los trabajos de Casabó Ruiz y Fiestas Loza su vigor y aplicación parecen ya fuera de toda duda⁴⁷. Esta revisión doctrinal va aún más allá, al reconocer a dicho cuerpo legal, contra todo el impetuoso empeño desplegado por prolongar a toda costa el Antiguo Régimen, cierta aplicación durante la llamada *década ominosa* por la vía del amplio margen que al arbitrio judicial –antes lo hemos visto atestiguado– consentía la legislación inveterada, ya obsoleta y anacrónica en tantos aspectos: cabría pensar con mucha verosimilitud que los juzgadores acudieran a un ordenamiento ajustado a las circunstancias sociojurídicas coetáneas, pese al mandato fernandino, con preferencia a normas desacordes, no sólo con el espíritu renovador que de forma irremisible estaba ya calando en la sociedad⁴⁸, sino también con las limitaciones, necesidades y respuestas normativas que su propia experiencia evidenciaba a los prácticos del Derecho; cabría pensarlo si no pesaran en contra del argumento otras consideraciones, tales como la complejidad del dominio de una ley radicalmente novedosa o la renitencia casi inconsciente al esfuerzo personal que requiere adaptarse a toda reforma⁴⁹. Con todo, no parece desdeñable la sentida urgen-

a su vicisitud, véase Emilio LA PARRA LÓPEZ, *Los Cien Mil Hijos de San Luis: el ocaso del primer impulso liberal en España*, en todo; o Rafael SÁNCHEZ MANTERO, *Los Cien Mil Hijos de San Luis y las relaciones franco-españolas*, pp. 57-114.

46 “Manifiesto de S. M. declarando que por haber carecido de entera libertad desde el día 7 de Marzo de 1820, hasta el 1º de Octubre de 1823, son nulos y de ningún valor todos los actos del gobierno llamado constitucional: y en cuanto á lo decretado y ordenado por la Junta provisional y la Regencia, aquella creada en Oyarzun, y esta en Madrid, lo aprueba S. M., entendiéndose interinamente” (conocido como *Real manifiesto del Puerto de Santa María*), de 1 de octubre de 1823, en *DRJRM* 7, pp. 147-149, art. 1º, glosado con justeza por PACHECO, *El Código...*, p. 83, Ángel FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS, *Estudio histórico de las luchas políticas en la España del siglo XIX*, p. 152, José Ramón CASABÓ RUIZ, “La aplicación del Código penal de 1822”, *ADPCP* 32 (1972), p. 343-344, o FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Aspectos generales del proceso de codificación en España”, *Códigos...*, p. 19.

47 En síntesis, CASABÓ RUIZ, “La aplicación...”, p. 338; Alicia FIESTAS LOZA, “Algo sobre la vigencia del Código penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho* 2 (1977), pp. 71, 76; FRANCISCO J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, *Cuadernos de Política Criminal* 5 (1978), pp. 229-235; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, p. 497; José Luis BERMEJO CABRERO, “Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *AHDE* 66 (1996), p. 967.

48 Dos visiones de la misma realidad en VICENTE Y CARAVANTES, “Reseña...”, p. 549, más A. DU BOYS, *Historia...*, p. 520; y GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 49.

49 JOSÉ ANTÓN ONECA, “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP* 18/2 (1965), p. 275.

cia de reformas que se delata en un Meléndez Valdés quejoso de cómo “nuestros códigos [...] encierran leyes contra leyes, otras sin objeto determinado, leyes inútiles, insuficientes, enmendadas, suplidas, olvidadas; todo, menos unidad y sistema; todo, menos principios y miras generales”, y clamando por “[...] la reforma necesaria del Código criminal español, tan ardientemente deseada de los Magistrados sabios como de los zelosos patriotas”⁵⁰; el jurista, el fiscal hablaba a sus compañeros en el foro, corría 1791...: ¿con qué avidez no se aguardaría entre muchos profesionales –*magistrados sabios*– la eficaz herramienta de ese Código criminal tan necesario, máxime tras la defraudada ocasión de la Novísima? En una última vuelta de tuerca, el sistema de fuentes llega a complicarse hasta extremos casi esperpénticos: recuerda Fiestas Loza la difícil coexistencia entre 1836 y 1848 de la rancia legislación acarreada por las Partidas y la Novísima con leyes rescatadas del Trienio o poco a poco emanantes del progresismo liberal⁵¹, pese a que, sin embargo, el Código Penal no se contase entre la legislación, con su *norma normarum* a la cabeza, recuperada en esta tercera gobernación *doceañista*. A la vista de lo expuesto, habría que conjeturar, para el primer tercio del siglo XIX, un trío de líneas en el desenvolvimiento del Derecho penal, las tres paralelas: una, la del Derecho en vigor (el del Antiguo Régimen, últimamente materializado en la *antiquísima* Novísima, y el que la amedrentada transición liberal iba poco a poco produciendo⁵²); otra, la del Derecho a la postre aplicado, consista en una lenificación del vigente y desfasado, consista, en parte, en el recurso por la vía del arbitrio al derogado o, por mejor decir, anulado Código liberal, consista en usos consuetudinarios o utilitarios, en intuiciones de equidad (así, pues, el Derecho natural, el consuetudinario y el arbitrio prudente de los jueces que epitoma Silvela⁵³); y una más todavía, la del Derecho en formación, *de lege ferenda*, el de los sucesivos proyectos de codificación criminal que iban a germinar, mas no a fructificar, en el mismo seno del despotismo.

Suele reseñarse como uno de los balbuceos de la Codificación española el Real Decreto fernandino, de 2 de diciembre de 1819, que encomendaba

50 MELÉNDEZ VALDÉS, “Discurso...”, pp. 140-141 (véase CLAVERO, “La idea...”, pp. 65-66).

51 FIESTAS LOZA, “Algo más...”, p. 77.

52 Si bien, TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 497, desmiente cualquier lenificación del régimen fernandino.

53 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 338. Ahora bien, cotéjese con VIZMANOS/ÁLVAZ, *Comentarios...*, t. I, pp. XLII-XLIII.

la confección de un Código criminal al Consejo Real⁵⁴, y, aunque evidencie la Historia la nula efectividad del mandato, quizá ello pueda revisarse, con una década de convulsiones políticas por medio, si tendemos un trazo inspirador –entre las dos restauraciones legitimistas de Fernando VII– desde aquel Real Decreto hasta el Decreto de 26 de abril de 1829 y la Real Orden del siguiente día 30, por la que se nombró la junta que debía proyectar otro Código criminal presto al avance –claro es que desde otros principios y hacia otros fines– por el camino codificador emprendido con el fugaz Código de 1822, tal como se estaba acabando de hacer con la materia mercantil; precisamente, el artífice del Código de Comercio de 1829, Sainz de Andino, se contó también entre los integrantes de la junta creada, no quedando ahí su participación codificadora en lo penal, pues lo veremos enseguida presentar su personal proyecto, inmediato a éste a que ahora se va a atender. Del que aparece fechado el de 7 de mayo de 1830⁵⁵, advierte Casabó Ruiz que la comisión “era consciente de sus defectos por el apresuramiento [...]. Lo cierto es que, bien por la oposición despertada, o por las intrigas de Andino que ya estaba preparando su proyecto, aquel no llegó a aprobarse”⁵⁶. En cuestión de penas, acomoda su enumeración en tres rangos: las corporales, las civiles y las pecuniarias, y les reserva sendos preceptos, cuya construcción penológica, en particular, presenta un diseño incurso en imprecisiones y dilogías (deficiencias técnicas las hay, por ceñir el apunte a la sola tipología punitiva acá concernida, respecto del confinamiento, las hay respecto del destierro, las hay respecto de la deportación⁵⁷...); antes, se ha abierto el borrador de ley con un preámbulo o exposición de motivos en que ya hace alusión al tipo genérico de penas que restringen la libertad deambulatoria del reo: comentando la evolución más reciente del sistema de sanciones y el estado en que lo encuentra, dice –y no

54 “Real decreto, por el que S. M. ordena que el Consejo se encargue de la formación de un nuevo código criminal para que con la claridad y sencillez pueda clasificarse los delitos, y aplicar á ellos el justo castigo”, de 2 de diciembre de 1819, en *DRNSF* 6, pp. 501-504 (léase cómo lo enjuician ANTEQUERA, “La codificación...” [nº 68], pp. 499-500; o SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 471).

55 “Proyecto de Código Criminal de 1830” [PCC 1830], en edición de LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. II, pp. 135-196.

56 José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar”, a *El Proyecto de Código criminal de 1830*, p. 9, concorde con SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 477, o JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 758. Los autores se pronuncian en la ‘Exposición de la Junta elevando el Proyecto el 7 de mayo de 1830’, en PCC 1830, pp. 137, 140.

57 Revísense los arts. 5, 6 y 7 (liminarmente, también el 4) PCC 1830.

perdamos de vista cómo lo dice de la normativa a la sazón vigente: la de la Novísima y sus ancestros legales— que “las de minas, arsenales, y remo de galeras, que fueron tan frecuentes en los delitos groseros de segundo orden, apenas se conocen ya, ocupando tiempo a [sic] este vacío los costosísimos presidios de Africa, las obras públicas, y alguna vez la confinación a Puerto Rico y Filipinas. / De los destierros [...] se usa poco”⁵⁸. Código articulado y todo, se trata de un texto surgido a la sombra de régimen tan *antiguo* como el de Fernando VII⁵⁹; no es de extrañar entonces que vuelva a hablarse de penas corporales, a las que flanquean ahora las civiles y las pecuniarias⁶⁰. Aunque sólo da cabida a *la de extrañamiento del Reino, la de confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla, la de destierro*⁶¹, entre las primeras, hay que añadir *la de deportación*, que, ausente del listado, sí es descrita enseguida, todavía en la parte general⁶², y llamada al castigo, bajo tal habilitación, en su parte especial⁶³.

Un solapamiento entre junta o comisión codificadora y Sainz de Andino trabajando en solitario, como ya había aecido en materia mercantil, se repite en el ámbito criminal⁶⁴, aunque con menor fortuna para el prócer y legista: una segunda junta, encargada de la revisión de su labor —y en la que también él mismo se integra—, desaconseja el acceso a ley de esta propuesta. Regateándole originalidad legislativa en cuanto deudor del corpus de 1822, apunta Casabó Ruiz “[...] el hecho de que parece constituir el eslabón que une muchas disposiciones de este Código con el de 1848”: fruto indudable del absolutismo, desde luego, se le ve soltar amarras de sus postulados con rumbo hacia el pensamiento liberal y utilitarista⁶⁵. Al menos por lo que atañe al

58 ‘Exposicion de la Junta elevando el Proyecto’ de 1830, p. 139.

59 Pero téngase en cuenta la intelección de José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar”, a *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, pp. 3-4; *id.*, “Estudio preliminar”, a *El proyecto de Código criminal de 1834*, pp. 2, 6.

60 Art. 5º PCC 1830: “Las penas se dividen en corporales, civiles y pecuniarias”.

61 Art. 6º PCC 1830: “A las corporales pertenecen la de muerte, la de argolla, la de arsenales, minas y obras públicas; la de extrañamiento del Reino, la de confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla, la de destierro y la de reclusion”.

62 Art. 71 PCC 1830.

63 Cfr. notas IV/1006 a IV/1021.

64 “Proyecto de Código Criminal de 1831” [PCC 1831], en edición de LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. III, pp. 197-342.

65 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCC 1831], pp. 3-4; consúltese Gerardo LANDROVE

mecanismo punitivo analizado, contiene una versión de él lo suficientemente original como para requerir y propiciar su examen a la par de los códigos aprobados y sancionados. El número de penas de Sainz de Andino, ingenite, ha propiciado una de las muchas críticas cosechadas por su obra⁶⁶; “las penas que en adelante se usarán solamente en los Tribunales Reales para el castigo y represión de los delitos son [...]”, de un lado, *en los delitos enormes hasta quince, en los delitos comunes trece más y en ambas clases de delitos enormes y comunes otras tres*. Y adecúa a los delitos enormes *la deportación a las Islas de Asia o América y el extrañamiento perpetuo del territorio español*; a los comunes *el extrañamiento temporal del Territorio Español, con la confinación a las Islas adyacentes del Océano o Mediterráneo o a pueblo o comarca determinada del territorio peninsular y el destierro de una provincia, distrito, o población determinada*; y para ambas clases de delitos recupera una desechada en 1830 *sujeción temporal a la vigilancia de las autoridades*⁶⁷. De la hipotética proximidad de algún otro correctivo,

DÍAZ, “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal”, *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho* 34/3-4 (1975/1976), pp. 442-443.

66 V. gr., JOSÉ GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia de la codificación penal española y ligera crítica del Código vigente*, p. 14.

67 Art. 36 PCC 1831: “Las penas que en adelante se usarán en los Tribunales Reales para el castigo y represión de los delitos son: / 1º. En los delitos enormes: / La de muerte. / La de presenciarse en el suplicio su ejecución. / La de trabajos violentos y perpetuos. / El encierro solitario perpetuo. / La deportación a las Islas de Asia o América. / La de trabajos públicos temporales en los arsenales y presidios. / La exposición a la vergüenza pública. / La confinación en los presidios de África. / La reclusión en una casa de corrección por más tiempo de cinco años. / El extrañamiento perpetuo del territorio español. / La infamación legal. / La privación de empleo o cargo público. / La de una profesión científica, o de algún arte o industria. / La degradación de las condecoraciones honoríficas. / La confiscación de bienes. / 2º. En los delitos comunes: / Las obras públicas municipales. / La reclusión temporal en una casa de corrección. / El arresto en las cárceles. / El servicio forzado a cuerpos fijos del ejército o a los bajeles de guerra. / El extrañamiento temporal del Territorio Español. / La confinación a las Islas adyacentes del Océano o Mediterráneo o a pueblo o comarca determinada del territorio peninsular. / El destierro de una provincia, distrito, o población determinada. / La prohibición por tiempo limitado del ejercicio de los derechos civiles. / La inhabilitación temporal para ejercer toda especie de empleos y cargos públicos o alguna clase determinada de ellos. / La suspensión de empleo, profesión o cargo público, o del uso de alguna condecoración honorífica. / La retractación solemne. / La satisfacción en juicio. / La reprensión judicial. / 3º. En ambas clases de delitos enormes y comunes. / Las multas pecuniarias. / La sujeción temporal a la vigilancia de las autori-

como la *confinación en los presidios de África*, a la categoría sólo restrictiva de movimientos trataré en su debido lugar.

A las alturas de 1834, *última manifestación de la actividad codificadora de este período absolutista* –en expresión de Casabó–, “efectivamente, el proyecto responde por completo a la época y pensamiento absolutistas, que ya ni siquiera resultaban admisibles en el momento de su presentación”⁶⁸, valiosa piedra de toque para la *ley de la interacción normativa*, en torno a la dependencia de la norma penal con respecto a la constitucional⁶⁹. El nombramiento de la comisión preparatoria se produce por Real Orden de 9 de mayo de 1833 y la redacción resultante, tan desmañada⁷⁰, lleva data de 10 de julio del año siguiente⁷¹; de su lectura se extrae que “el proyecto de 1834 es el de 1830 con leves retoques que no afectan en manera alguna a sus principios informadores, [...] por tal razón le es aplicable [*sic*] cuantas observaciones se han formulado al de 1830”⁷²: de hecho, “en las penas este proyecto reproduce los preceptos del de 1830”⁷², si bien cierta a enmendar el descuido de su modelo, toda vez que devuelve a la entonces preterida deportación el puesto correspondiente en la *escala general de penas*, donde, así, acceden, como corporales, las penas *de arsenales, minas, deportación y obras públicas, la de extrañamiento del reino, la de confinamiento a castillos y fortalezas o a alguna isla, la de destierro*⁷³... No obstante, y a pesar de lo proyectado, una norma efectiva, *lege data*, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, no deja lugar a dudas acerca de la penalidad por entonces utilizada: sólo la restric-

dades. / Y la prisión en una fortaleza en los casos que se sustituye a otra pena corporal con arreglo a las disposiciones del Título 4º de este Libro”.

68 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCC 1834], p. 2, 6. Con todo, acúdase a la reflexión de ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...” p. 474.

69 La denominación aparece en PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso...*, pp. 168, 169, pero la observación es lugar ya común entre los autores: SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 459; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 195; NÚÑEZ BARBERO, *La reforma...*, p. 16; LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 9; TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, p. 488...

70 PACHECO, *El Código...*, p. 84.

71 “Proyecto de Código Criminal de la tercera junta. 1834” [PCC 1834], en edición de LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. V, pp. 385-457.

72 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCC 1834], pp. 7-8.

73 Art. 45 PCC 1834: “A las corporales pertenecen la de muerte, la de argolla, la de arsenales, minas, deportación y obras públicas, la de extrañamiento del reino, la de confinamiento a castillos, fortalezas o a alguna isla, la de destierro y la de reclusión”.

ción de la libertad ambulatoria que es el destierro del reino figura entre las penas corporales que en él se reconocen⁷⁴.

2. El Código de 1848 y la edición reformada de 1850

Desde un inmediato estadio forense en el cual “[...] el prudente juicio, la conciencia de los tribunales forman nuestro código penal”⁷⁵, acechemos el contundente vuelco que está a punto de sobrevenir, necesidad imperiosa ya sin dilación tolerable (aunque así fuera ya en tiempos de Jovellanos y Meléndez Valdés o aun antes...)⁷⁶. Mas, ¿de qué arbitrio judicial se está hablando?, ¿en qué grado o con qué intensidad rige?, ¿cuáles son sus pros y sus contras en la hora corriente?:

No hay que preguntar cuáles son las leyes criminales vigentes, no hay que regirse por ninguna para distinguir los actos punibles, para establecer la *evidencia* respecto de su perpetración, para aplicar las penas: única ley es el arbitrio judicial sin restricción alguna, y no el arbitrio judicial de un tribunal supremo de la nación, que uniformando los fallos de todos estableciese al menos una jurisprudencia general, guía supletoria del juez íntegro é ilustrado en defecto de la ley: no, es la arbitrariedad ejercida por magistrados diversos que ningún vínculo de unión tienen entre sí, es la arbitrariedad del juez ignorante como del sabio, del juez prevaricador como del más justificado: arbitrariedad en la calificación del hecho y en la aplicación del derecho, y arbitrariedad ejercida por jueces amovibles en épocas alternativamente de revolución y reacción⁷⁷.

Un par de proyectos sólo conocidos por referencias se elaboran entre 1836 y 1839⁷⁸, pero no es hasta 1843 que la acción codificadora comienza a

74 “Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo á la real jurisdicción ordinaria”, de 26 de septiembre de 1835 [RPAJ 1835], en *CLRDO* 2 preliminar., pp. 244-267, art. 11 (atiéndase a la exégesis de este precepto por Florencio GARCÍA GOYENA, *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, t. I, pp. 31-33).

75 Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense*, t. II, p. 201.

76 Jaime BALMES, *Consideraciones políticas sobre la situación de España (1840)*, pp. 19-20, 116-117; ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...”, p. 485. Cfr. notas III/14 y III/50.

77 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. XLII-XLIII; ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...”, p. 475.

78 LORENZO ARRAZOLA *et al.*, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*,

encuazarse; se había nombrado aquel año una Comisión de Códigos⁷⁹, que, para acometer la realización de cada uno de ellos, fue dividida en secciones; de la encargada de la codificación penal salieron, primero, diecisiete bases⁸⁰, y a su amparo, un anteproyecto redactado por Seijas Lozano (*preliminares de un Código puramente español*, lo llamó su autor⁸¹), que, luego revisado con no fútiles correcciones en el seno de la sección, le llegó al ejecutivo en 1845⁸²; desde este trámite hasta el de su presentación al Senado, ya febrero de 1847, soporta *algunas modificaciones, que no puede afirmarse con seguridad por quién fueron hechas*⁸³: el estupor de Castro y Orozco con Ortiz de Zúñiga hace prueba de que no ha sido el polvo de los años lo que las ha envuelto en misterio⁸⁴: ahí habrá que ubicar las variaciones entre el proyecto y el definitivo Código de 1848. Bien avisaba Antón Oneca de que “el texto del

ó *Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias*, t. IX, p. 325; ANTEQUERA, “La codificación...”, *RGLJ* 69 (1886), pp. 162-163; ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...”, p. 475; LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 230-241.

79 “Nombrando una comisión para la formación de los códigos”, decreto de 19 de agosto de 1843, en *CLDDC* 31, pp. 79-81, disuelta en plenos trabajos codificadores por “Real decreto, suprimiendo la comisión de Códigos creada por decreto del Gobierno provisional de 19 de Agosto de 1843”, de 31 de julio de 1846, en *CLE* 38, disp. 776, pp. 130-131, para ser en breve reemplazada por otra de nuevo cuño. Sobre los *avatares* de esta institución, consúltense, v. gr., ANTEQUERA, “La codificación...” [nº 69], pp. 297-304, 306; GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, pp. 19-32; y María Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “La Comisión de Códigos (1843-1846)”, *AHDE* 74 (2004), pp. 291-331, en particular sobre la sección de lo penal las pp. 321-324.

80 “Bases del Código Penal. Aprobadas por la Comisión General”, de marzo de 1844 [BCP 1844], en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 261-262.

81 *DSCCD* 1847-1848, t. III, nº 79, ses. 10-III-1848, p. 1715. En cuanto a la disputada autoría del resultante corpus de 1848 que algunos dieron en designar como *Código Pacheco*, sólo hay que leer la intervención primera del propio Seijas en las “Actas de la Comisión General de Codificación sobre Código Penal (1844-1845)” [ACGCP], nº 1, ses. 2-X-1844, en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. VI, p. 462. Cfr. nota III/97. Véase Alejandro MARTÍNEZ DHIER, “Un tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal de Derecho en España: la figura de Manuel Seijas Lozano, precursor de la codificación penal”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 30 (2008), pp. 425-464.

82 El proyecto (1845) de la sección penal, con Seijas a la cabeza, de la Comisión de Códigos sólo puede conocerse a través de las señaladas ACGCP, pp. 459-1105.

83 José Antonio SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, p. 226; ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...”, p. 492.

84 José de CASTRO Y OROZCO/Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado, para la comun inteligencia y fácil aplicacion de sus disposiciones*, pp. XIV-XV.

proyecto no seguía exactamente las 17 bases previamente aprobadas⁸⁵: se le añadió durante las sesiones preparatorias, pongamos por caso, el extrañamiento temporal entre el extrañamiento perpetuo y el confinamiento⁸⁶; sin embargo, la relegación temporal fue una de las *enigmáticas* incorporaciones gubernativas⁸⁷.... A vueltas con la significación de tan sinuosa obra, el mayor provecho final se encierra, para su expositor Elías, en *el cambio radical que verifica el nuevo código del sistema de penas y de su nomenclatura*: “[...] en este punto [...] está todo el mecanismo del nuevo código”⁸⁸. Ya venía decidido en la segunda de esas bases de 1844 “que las penas que se establezcan en el Código sean las siguientes: [...] la relegación, que será perpetua; el extrañamiento del reino, que será perpetuo; [...] el confinamiento; el destierro; [...] la sujeción a la vigilancia de las autoridades [...]”⁸⁹. A resultas, en el arsenal punitivo aprestado por los juntistas, hubo penas aflictivas, correccionales y admonitorias⁹⁰, en desmesurada cantidad⁹¹, más todavía otras *penas aplicables a todos los delitos y faltas*, una de las cuales es la sujeción a la vigilancia de la autoridad⁹². Quince eran las primeras, contándose entre ellas, en principio, la

85 ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...”, p. 484.

86 Según reflejan las ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595.

87 Considerando que en las BCP 1844, b. 2^a, p. 261, aprestábase como pena “la relegación, que será perpetua”.

88 José Antonio ELÍAS, *Aplicación práctica del Código Penal de España*, p. 23.

89 BCP 1844, base 2^a: “Que las penas que se establezcan en el Código sean las siguientes: la muerte; los trabajos forzados perpetuos fuera o dentro de la Península, cuya duración será de seis a dieciocho años; presenciar la ejecución de la muerte en la argolla; la reclusión de seis a dieciocho años fuera o dentro de la Península; la degradación civil; la relegación, que será perpetua; el extrañamiento del reino, que será perpetuo; la prisión; el confinamiento; el destierro; la inhabilitación para cargos públicos; la privación de oficio, empleo, profesión, honores o condecoraciones; la suspensión de los mismos goces; la interdicción de derechos políticos o civiles; el arresto de primero o segundo grado; la amonestación pública y privada; la prevención; la sujeción a la vigilancia de las autoridades; la caución de conducta; la multa; la pérdida de honorarios, derechos y emolumentos; la pérdida de instrumentos y efectos del delito; la indemnización del daño causado; el abono de gastos ocasionados por el juicio; el pago de costas procesales”.

90 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 44).

91 ACGCP, ses. 2-X-1844, a. 1, p. 464.

92 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 582 (art. 95: “Además de las penas clasificadas en el capítulo precedente, podrán imponerse según los casos y circunstancias: 1^o. La multa. 2^o. Sujeción a la vigilancia de la autoridad. 3^o. La pérdida de honorarios, derechos o emolumentos. 4^o. La pérdida de los instrumentos o efectos del delito. 5^o. El resarcimien-

relegación, el extrañamiento y el confinamiento⁹³; pero éste fue con posterioridad reubicado con las correccionales, en compañía del destierro⁹⁴. Bien se echa de ver la débil relación que esto guarda con lo que habría de configurar la escala penal del corpus resultante en 1848.

Sobreviene con él el gran Código Penal español: frente a la efímera y problemática vigencia del de 1822, los que sucederán a éste de 1848, excepción hecha del tampoco muy perdurable de 1928, sin exceso pueden tenerse por refundiciones suyas⁹⁵; esto es así hasta llegar a 1995 con la promulgación de un texto punitivo, el actual, verdaderamente nuevo en la forma y en el fondo. A la vuelta de innúmeras combinaciones⁹⁶, este mal llamado *Código Pacheco*⁹⁷ y que con más propiedad pudiera decirse *Código Bravo Murillo* o *Código Seijas*⁹⁸ clasifica las penas, sin atender a la clase de derechos que

to de gastos ocasionados por el juicio. 6º. Las costas procesales”), y ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 590.

93 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45: “Son penas aflictivas: 1ª, la de muerte; 2ª, la de presenciar la ejecución de la pena expuesto en la argolla; 3ª, la de trabajos forzados perpetuos fuera de la Península; 4ª, la de trabajos forzados temporales fuera de la Península; 5ª, la de trabajos forzados temporales dentro de la Península; 6ª, la de reclusión fuera de la Península; 7ª, la de reclusión dentro de la Península; 8ª, la de relegación; 9ª, la de extrañamiento; 10ª, la de degradación civil; 11ª, la de prisión de 2º grado; 12ª, la de confinamiento; 13ª, la de inhabilitación para cargo público, honores u oficio; 14ª, y últimamente la privación de oficio, funciones y condecoraciones”).

94 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 79: “Son penas correccionales: 1º. El confinamiento. 2º. La prisión de primer grado. 3º. El servicio forzado de armas. 4º. El destierro. 5º. La suspensión de oficio. 6º. La interdicción temporal de derechos políticos civiles”).

95 V. gr., SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 40, 48; DORADO MONTERO, “Código...”, p. 596; Quintiliano SALDAÑA, “La reforma del Código Penal”, *RGLJ* 135 (1919), p. 198; ANTÓN ONECA, “Historia...”, p. 263; LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, p. 62; José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, p. 113; Juan José MARTÍNEZ ZATO, “La codificación penal en España”, *Poder Judicial* nº esp. 12 (1990), p. 19.

96 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 220-221.

97 *Código Penal de España* [1848], en adelante CP 1848. Cfr. nota III/81. Frente a poco diligentes presunciones, como en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, pp. 757, 760, 861, o en QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 109, mejor lo aciertan ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848...”, pp. 491-495, FRANCISCO CANDIL JIMÉNEZ, “Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”, *ADPCP*, 28.3 (1975), pp. 405-442, SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 226, o SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación...*, pp. 49-56.

98 Primero que nada, debe valer esta atribución, como autorizado deponente,

afectan o de padecimientos que imponen⁹⁹, en aflictivas, correccionales, leves, comunes y accesorias, siendo los dos primeros compartimentos los que cobijan las restricciones de residencia y movimientos: relegación perpetua o temporal, extrañamiento perpetuo o temporal, confinamiento mayor o menor (subdivisión también ésta de criterio duracional) vienen a conceptuarse como aflicciones; destierro y sujeción a la vigilancia de la autoridad, como correcciones¹⁰⁰. Constituye éste un punto en el que el Código se separó notablemente de su proyecto, pues en los trabajos de la Comisión acabamos de ver cómo “las penas se dividen en aflictivas, correccionales y admonitorias”, incluyéndose entre aquéllas la relegación, el extrañamiento y el confinamiento sin adjetivación alguna; entre las segundas, se acaba reubicando el confinamiento¹⁰¹, al que acompaña el destierro; luego, en un rango añadido, “podrán imponerse según los casos y las circunstancias [...]” otras como la sujeción a la vigilancia de la autoridad¹⁰². Pacífica saludó la doctrina la floración penológica de la escala ideada en 1848: Pacheco, Gómez de la Serna y Montalbán, Vicente y Caravantes u otros posteriores encomiaban la ductibilidad de un sistema que, con esa superfluencia de mecanismos, parecía allanar la gradua-

del ministro que lo autorizó y presentó, Lorenzo Arrazola (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n° 80, ses. 11-III-1848, p. 1727).

99 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 118-119.

100 Art. 24 CP 1848: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas aflictivas*. / Muerte. / Cadena perpetua. / Reclusion perpetua. / Relegacion perpetua. / Extrañamiento perpetuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento mayor. / Inhabilitacion absoluta perpetua. / Inhabilitacion especial perpetua para algun cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Inhabilitación temporal absoluta para cargos públicos, derechos políticos. / Inhabilitación especial temporal para cargo, derecho, profesion ú oficio. / Presidio menor. / Prision menor. / Confinamiento menor. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la autoridad. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Pena leve*. / Arresto menor. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias*. / Argolla. / Degradacion. / Interdicion civil. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio. / Pago de costas procesales”.

101 Cfr. nota VII/21.

102 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45); *ibidem*, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 79); *ibidem*, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 582 (art. 95).

ción a proporción de la gravedad de las infracciones perpetradas¹⁰³; a favor de nuevos vientos y escuelas, aparecerá este mismo rasgo entre los defectos que se le achaquen, inobjetablemente por los inconvenientes prácticos de su demanda de inversiones¹⁰⁴. Yendo a las escalas graduales, todas estas penas se agruparon en la tercera: relegación perpetua, extrañamiento perpetuo, relegación temporal, extrañamiento temporal, confinamiento mayor, confinamiento menor, destierro¹⁰⁵, escala que, puesta su intención en el *echamiento de tierra*¹⁰⁶, “[...] tiene su mas comun aplicacion en los excesos de carácter político, y en todos aquellos hechos que no irrogan gran vergüenza, ó son casos con los que la opinion transige y se muestra mas complaciente”¹⁰⁷, también, en aras de la analogía *con delitos que sólo pueden cometerse en ciertos lugares*¹⁰⁸; a dictado de este criterio, y como única que no estorba la libertad de desplazamientos, acompaña la caución de conducta en el postrero lugar de esta escala, tras el destierro, a las susodichas penas; en 1850 se acomodó con consecuencia en esta escala la sujeción a vigilancia, que el Código original había dejado fuera de toda escala gradual¹⁰⁹.

En torno a la *edición oficial reformada* en 1850 dictamina Silvela que no es más que el mismo corpus de 1848 sometido a *modificaciones de poco detalle*¹¹⁰, por cuya sola virtud “en ocasiones ha tratado de computarse

103 PACHECO, *El Código...*, pp. 317-318; GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 97; VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 142; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, p. 253.

104 V. gr., GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, pp. 22-23.

105 Art. 79, párr. 4º, CP 1848: “Escala número 3º. / Grados. / 1º. Relegacion perpetua. / 2º. Extrañamiento perpetuo. / 3º. Relegacion temporal. / 4º. Extrañamiento temporal. / 5º. Confinamiento mayor. / 6º. Confinamiento menor. / 7º. Destierro. / 8º. Caucion de conducta”.

106 PACHECO, *El Código...*, p. 418.

107 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 140, 201; VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 225.

108 PACHECO, *El Código...*, p. 419.

109 *Código Penal de España* [1850], en adelante CP 1850. Agrega la sujeción a la vigilancia de la autoridad, como pena también restrictiva de la libertad ambulatoria del reo que antes no hallaba cabida en ninguna de las tres escalas configuradas, el art. 79, párr. 4º, CP 1850: “Escala número 3º. / Grados. / 1º. Relegacion perpetua. / 2º. Extrañamiento perpetuo. / 3º. Relegacion temporal. / 4º. Extrañamiento temporal. / 5º. Confinamiento mayor. / 6º. Confinamiento menor. / 7º. Destierro. / 8º. Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / 9º. Represion pública. / 10º. Caucion de conducta”.

110 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 46.

como un nuevo código”¹¹¹; en consecuencia, “lo que del uno se diga, al hacer su examen, es, pues, aplicable al otro también, casi enteramente”¹¹², advertía Dorado antes de abordar su exégesis con aviso que cuadra parafrasear por lo que toca al reducido objeto de estas páginas. En efecto, aunque Sainz Cantero matiza la generalización de Silvela¹¹³, en cualquier caso, apenas alcanzó la mayor o menor extensión de su arreglo al precepto de clasificación penológica y, cuando con timidez lo hizo, fue sin afectar a las penas de restricción ambulatoria¹¹⁴. Ahora bien, de capital repercusión puede ser considerada su derogación del dogma de legalidad: si en 1848 se había consagrado el principio de que “no será castigado ningun delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetración”¹¹⁵, la máxima resulta rebajada en esta reforma hasta el punto de que “no será castigado ningun delito, ni las faltas de que solo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de Auto-

111 LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, p. 63, en línea con ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 76. Como Código con sustantividad propia es tratado, verbigracia, en *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, pp. 319-481.

112 DORADO MONTERO, “Código...”, p. 601.

113 SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 230; y tal es el argumento clave del libro de María Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, pp. 267-302.

114 Art. 24 CP 1850: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpetua. / Reclusion perpetua. / Relegacion perpetua. / Extrañamiento perpetuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento mayor. / Inhabilitacion absoluta perpetua. / Inhabilitacion especial perpetua para algun cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Inhabilitación temporal absoluta para cargos públicos, derechos políticos. / Inhabilitación especial temporal para cargo, derecho, profesion ú oficio. / Presidio menor. / Prision menor. / Confinamiento menor. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Reprension privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias*. / Argolla. / Degradacion. / Interdiccion civil. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio. / Pago de costas procesales”.

115 Art. 19 CP 1848.

ridad á la cual estuviere concedida esta facultad”¹¹⁶, espinosa cuestión que, a expensas del crucial principio penal, se decantaba a favor del espíritu autoritario de la revisión, “por cuyo medio queda resuelta la duda que antes ocurría frecuentemente, sobre si se podían ó no imponer respecto de las faltas penas no establecidas por la ley, sino dictadas por la Autoridad en virtud de sus atribuciones”¹¹⁷, por ejemplo, alguna restricción de la libertad ambulatoria, ciertamente de utilización tradicional, cual es la expulsión de una localidad... Por consiguiente –y con el aplauso de un acreditado sector de la doctrina coetánea¹¹⁸–, “no se reputan penas [...] las multas y demas correcciones que los superiores impongan á sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal ó atribuciones gubernativas”¹¹⁹. Con tino y razón ha discurrido Núñez Barbero que la iniciativa de 1850 recrudecía la misma política, acometida dos años atrás, en una y otra fecha bajo gobierno de Narváez, de reacción contra las agitaciones revolucionarias de 1848¹²⁰, pero “todo el libro I de este Código reformado reproduce los preceptos del del 48, incluso en lo que se refiere á la naturaleza, división y clasificación de las penas. Y lo que aun es peor –como habremos de ver más adelante– toda la doctrina de ambos respecto á la pena y sus efectos, se trajo también á la reforma del 70”¹²¹. Por supuesto, tan adversa valoración, de Navarro de Palencia, no es compartida por la generalidad de la doctrina, que ha aplaudido sus logros en la protección de los derechos individuales o cierta mitigación punitiva en su *parte especial*, pero es cierto que la *parte general*, con su escala de penas, resultó modificada mínimamente¹²².

3. El Código de 1870 y sus adaptaciones ultramarinas

Dentro del marco de las comisiones especiales para la revisión del código pe-

116 Art. 19 CP 1850.

117 Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA/José de CASTRO Y OROZCO, *Código Penal reformado, con el texto ajustado a la nueva edición oficial, y con notas y observaciones sobre las reformas y sus motivos*, p. 11.

118 V. gr., ORTIZ DE ZÚÑIGA/CASTRO Y OROZCO, *Código...*, pp. 12, 14.

119 Art. 22 CP 1850.

120 NÚÑEZ BARBERO, *La reforma...*, p. 15.

121 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 493 (*ibidem*, p. 504).

122 V. gr., LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, pp. 63-64, o JOSÉ ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, *ADPCP* 23/2 (1970), p. 250.

nal que entre 1851 y 1868 se sucedieron¹²³, el último e inconcluso borrador salido de las reuniones de la Comisión de Codificación reorganizada en 1856, comenzó a componerse hacia 1864, y sobre él, con Pedro Gómez de la Serna como ponente¹²⁴, andaban sus individuos en 1869, a la hora en que discrepancias con el gobierno determinaron la dimisión de aquéllos en pleno, viéndose truncadas así las tareas preparatorias en curso, con una parte general de Código ya formada como proyecto, la cual se atiene a la ordenación de penas procedente del Código de 1848¹²⁵. El ejecutivo hubo de crear otra comisión de nueva planta que acometiera las apremiantes reformas que la *gloriosa* revolución de 1868 estaba reclamando: fue la Comisión Legislativa¹²⁶ que iba a alumbrar el Código inminente¹²⁷.

Si a todo movimiento político sucede un movimiento penal, ésta es una excelente corroboración del aserto: el Código de 1870 llegó de la mano de

123 LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 378-389, 418-433.

124 Véase FRANCISCO DE CÁRDENAS, “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869”, *RGLJ* 38 (1871), pp. 177-178. En la discusión del Código Penal de 1848, veinte años atrás, tropezará el lector de los *DSCCD* 1847-1848, t. III, nº 82, ses. 14-III-1848, pp. 1764-1768, con un sorprendente alegato del propio Gómez de la Serna contra el método codificador.

125 “Proyecto de reforma del Código Penal”, de 1869 [PRCP 1869], en *RGLJ* 40 (1872), apd. XXXI, pp. 259-284, art. 24: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpétua. / Reclusion perpétua. / Relegacion perpétua. / Extrañamiento perpétuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento mayor. / Inhabilitacion absoluta perpétua. / Inhabilitacion absoluta temporal. / Inhabilitacion especial perpétua para cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Inhabilitacion especial temporal para id., id., id. / Presidio menor. / Prision menor. / Confinamiento menor. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / Represion pública. / Suspension de cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Represion privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias*. / Degradacion. / Interdicion civil. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Pago de costas”.

126 Véanse CÁRDENAS, “Memoria...”, pp. 182-185; y GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 27.

127 *Código penal reformado, con notas y los discursos pronunciados en las Córtes Constituyentes, al discutirse el proyecto presentado por el Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia* [CP 1870]. Lleva el Código fecha de 18 de junio de 1870.

la *Septembrina*, aunque lo hizo con la vocación de provisionalidad que parecían reclamar las circunstancias y que el curso de la vida política se encargó de proyectar por todo el tercio que restaba de centuria y aun por otro tanto del entrante siglo XX¹²⁸... Aquella clasificación de los castigos por el Código de 1848, tenida ya por estable, llegaba al del 70 sin cuidarse de las críticas a su desmesura¹²⁹: de una parte, penas afflictivas, correccionales y leves; de otra, comunes y accesorias¹³⁰; empero, viniendo quizás a *aumentar los obstáculos de la gradación*¹³¹, introducía un par de modificaciones de relieve en la parcela punitiva aquí acotada: la unificación de las dos modalidades de confinamiento en una sola pena, sin calificativo, y la eliminación de la sujeción a la vigilancia, la cual, pese a todo, pronto resucitará –precariamente, aunque con honores de pena– en la España carlista y, ya con el marbete de la accesoriedad, en los renuevos ultramarinos de este corpus matriz. La escala gradual

128 El ministro de Gracia y Justicia, Montero Ríos, al proponerlo a las Cortes Constituyentes, solicitaba su aprobación *como ley provisional* (“Proyecto de ley”, de 10 de junio de 1870, anexo a CP 1870, ed. cit., p. 2). Léanse los discursos pronunciados en las Cortes Constituyentes con ocasión de esta reforma penal, *ibidem*, pp. 2-33: bien célebre se ha hecho la calificación de *Código de verano* que a la sazón le enjaretó Francisco Silvela (*DSCC*, t. XIV, nº 307, ses. 15-VI-1870, p. 8883).

129 V. gr., con particular gracejo NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 525; GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, pp. 26, 58.

130 Art. 26 CP 1870: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpétua. / Reclusion perpétua. / Relegacion perpétua. / Extrañamiento perpétuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento. / Inhabilitacion absoluta perpétua. / Inhabilitacion absoluta temporal. / Inhabilitacion especial perpétua para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / Inhabilitación especial temporal para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Reprension privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias*. / Degradacion. / Interdicion civil. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Pago de costas”. Sobre su sistema durativo avienta malentendidos, pudiendo haberlo hecho ya del prístino 24 de 1848, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 764.

131 Manuel [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicacion del Código de 1870, en su relacion con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjerias*, p. 343.

propia de estas penas quedaba geminada tanto en el Proyecto de 1969 como en el Código consecutivo, con una encabezada por las relegaciones y otra por los extrañamientos¹³².

Así fue en el Código Penal carlista que aprobó el 2 de marzo de 1875 y promulgó el 15 de mayo el pretendiente de la corona española aclamado por los suyos como Carlos VII¹³³. En el contexto de la llamada *tercera guerra carlista* (1872-1876), rigió efectivamente para la zona rebelde vasconavarra, donde llegó a organizarse un esbozo de Estado¹³⁴; a falta de una Constitución que no pasó de embrionario proyecto, acaso la concreción normativa más notoria de ese Estado carlista se cifre en el *Código Penal* promulgado por el pretendiente Carlos VII en 1875 y trasunto de la *edición oficial reformada* en 1850 del corpus patrio compuesto dos años antes, aunque nuevamente adaptado, ahora a los valores tradicionalistas. Es común, entre los autores que de él han tratado, señalar la casi total procedencia de su contenido de la reforma penal de 1850, aunque con ligeras variantes¹³⁵; la

132 Art. 79, párr. 4º, PRCP 1869: “Escala núm. 3º. / Grados. / 1º. Relegacion perpétua. / 2º. Relegacion temporal. / 3º. Confinamiento mayor. / 4º. Confinamiento menor. / 5º. Destierro. / 6º. Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / 7º. Repreñion pública. / 8º. Cauçion de conducta. / Escala núm. 4º. / Grados. / 1º. Extrañamiento perpétuo. / 2º. Extrañamiento temporal. / 3º. Confinamiento mayor. / 4º. Confinamiento menor. / 5º. Destierro. / 6º. Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / 7º. Repreñion pública. / 8º. Cauçion de conducta”. Art. 92, párr. 4º, CP 1870: “Escala núm. 3º. / 1º. Relegacion perpétua. / 2º. Relegacion temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Repreñion pública. / 6º. Cauçion de conducta. / Escala núm. 4º. / 1º. Extrañamiento perpétuo. / 2º. Extrañamiento temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Repreñion pública. / 6º. Cauçion de conducta”.

133 *Código penal de don Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España* [CPC 1875]. Véanse JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 768; y Julián GÓMEZ DE MAYA, “El Código Penal de don Carlos VII”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 26 (2008), pp. 85-139.

134 Consúltense, v. gr., Román OYARZUN, *Historia del carlismo*, pp. 311 y ss.; Vicente GARMENDIA, *La Segunda Guerra Carlista (1872-1876)*, en todo; o José Carlos CLEMENTE, *Bases documentales del carlismo y de las guerras civiles de los siglos XIX y XX*, t. II, pp. 145 y ss.

135 V. gr., Juan DEL ROSAL, *Principios...*, p. 402; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 769; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 115; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 152; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 236; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 108; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Introducción*, p. 137; GARMENDIA, *La Segunda...*, p. 20; LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 641-642; Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE, *His-*

sutileza, pues, que ha de emplearse para inquirir la oriundez del Código penal del carlismo es consecuencia de su exigua originalidad, de su índole de disposición calcada, en general y así, en plural, de otras preexistentes... El análisis del Código Penal de los sublevados nos deja una serie de certidumbres: se forja, sí, sobre el molde o plantilla del código isabelino reformado en 1850, pero esto debe puntualizarse mediante la constancia de esas *ligeras variantes* notadas con más o menos precisión por la doctrina (ligeras, sí, pero tan imperiosas a criterio del gobierno del pretendiente Carlos como para acuciar la adaptación): de ellas quizá sea lo más destacable el ostensible estiramiento en la cuantía de las penas ejercido sobre la mayor parte del articulado y la adecuación al ideario y sistema político tradicionalista de cuantos preceptos de algún modo presupongan el régimen liberal constitucional: legitimismo absolutista, confesionalidad e incluso autonomía foral, como principios sustentadores de la rebelión, habían de dejar su impronta en un ajuste del ordenamiento criminal cual es éste, explicado precisamente en virtud de móviles ideológico-políticos. Curiosamente, los materiales superpuestos al corpus de 1850 para operar en él las consabidas *ligeras variantes* no siempre son de nuevo cuño; a veces vienen allegados –y esto parece algo paradójico– desde el coetáneo y antagónico texto entonces vigente en la zona rival, el *revolucionario* de 1870¹³⁶. Para su escala general de penas el artículo carlista vuelve la mirada sobre la redacción de 1850, ignorando los cambios contenidos en el Código corriente en la España de la Restauración alfonsina; es decir: mantiene dos modalidades de confinamiento, mayor y menor, así como la pena correccional de sujeción a vigilancia¹³⁷. Su

toria del Derecho español. Las fuentes del Derecho, p. 270; José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Historia del Derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*, p. 977.

136 Véase GÓMEZ DE MAYA, “El Código...”, pp. 118-119, 130.

137 Art. 23 CPC 1875: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente: / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpétua. / Reclusion perpétua. / Relegacion perpétua. / Extrañamiento perpétuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento mayor. / Inhabilitacion absoluta perpétua. / Inhabilitacion especial perpétua para algun cargo público, profesion ú oficio. / Inhabilitación temporal absoluta para cargos públicos. / Inhabilitación especial temporal para cargo, profesion ú oficio. / Presidio menor. / Prision menor. / Confinamiento menor. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la autoridad. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto

escala gradual es la propia de 1850¹³⁸.

Durante la longeva existencia del Código de 1870 no iba a ser ésta carlista la única alternativa que se le opuso: le acompañó una variopinta plétora de proyectos de toda índole –oficial, particular o de instituciones profesionales– y de heterogéneo objeto: reformas integrales, parciales, leyes de bases, formulaciones científicas¹³⁹... Es un tiempo, a la par, de efervescencia dialéctica alrededor de las penas de confinación, señaladamente en sus diferentes variedades deportatorias, con la ebullición de un debate internacional a cargo de políticos, juristas, académicos, publicistas y hasta arbitristas; si bien su impronta cristalizó con preferencia en congresos penitenciarios, memorias u opúsculos polemistas –parte de los cuales ha reseñado Dorado Montero¹⁴⁰–, de suyo había de tener eco la cuestión en alguna de las propuestas que traían los coetáneos articulados penales *de lege ferenda*. La susomentada Comisión Legislativa tan sólo duró un par de años, siendo suplida por comisiones especiales hasta el restablecimiento de la Comisión General de Codificación en 1875¹⁴¹. El primero de los proyectos de código que tratan de armonizar la ley penal con las directrices de la reciente Constitución de 1876¹⁴² es el compuesto por Víctor Covián y presentado por el ministro Saturnino Álvarez Buggallal a mediados de 1880¹⁴³, con un despliegue penológico que da por bueno en esta materia el corpus que pretende actualizar: cuenta, pues, con relegaciones y extrañamientos a perpetuidad y por cierto tiempo,

menor. / Represion privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores.* / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias.* / Argolla. / Degradacion. / Interdiccion civil. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio. / Pago de costas procesales”.

138 Art. 75, párr. 4º, CPC 1875: “Escala núm. 3º. / *Grados.* / 1º. Relegacion perpétua. / 2º. Extrañamiento perpétuo. / 3º. Relegacion temporal. / 4º. Extrañamiento temporal. / 5º. Confinamiento mayor. / 6º. Confinamiento menor. / 7º. Destierro. / 8º. Sujecion á la vigilancia de la autoridad. / 9º. Represion pública. / 10º. Caucion de conducta”.

139 Repátese, ampliamente, LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 493-646.

140 DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 757-758.

141 Véase GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 27.

142 Véase JOSÉ ANTÓN ONECA, “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en *ADPCP* 25/2 (1972), p. 251.

143 Real decreto de 17 de junio de 1880, “autorizando al Ministro de Gracia y Justicia para que presente á las Córtes el adjunto proyecto de ley, facultando al Gobierno para plantear el de reforma del Código penal” [PRCP 1880], en *CLE* 124, disp. 338, pp. 1096-1238. Léase a SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 556.

con confinamiento y con destierro, mas no con sujeción a la vigilancia de la autoridad¹⁴⁴.

Dos años después, Manuel Alonso Martínez, sucesor en Gracia y Justicia, presenta otro texto ante el Senado: el conocido como primer Proyecto de su valedor¹⁴⁵, para distinguirlo de un Proyecto de ley de bases, enderezada a Código Penal también, que se debe a su gestión en los años 1886 y 1887¹⁴⁶. Sopesa Antón Oneca que “lo más notable del Proyecto Alonso Martínez era el título de las penas y su aplicación. Desaparecían las cadenas, la relegación y el extrañamiento perpetuos, el presidio, la degradación, las repreciones y las costas procesales como pena. Quedaba reducida a la mitad el número de las penas contenidas en el Código del 70”¹⁴⁷. Pues sí, en efecto, dos interesantes trae como afflictivas: la relegación temporal y el extrañamiento temporal; y una correccional: el destierro; sin pena de confinamiento ni de sujeción a vigilancia¹⁴⁸. Además, una

144 Art. 26 PRCP 1880: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpétua. / Reclusion perpétua. / Relegacion perpétua. / Extrañamiento perpétuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento. / Inhabilitacion absoluta perpétua. / Inhabilitacion absoluta temporal. / Inhabilitacion especial perpétua para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / Inhabilitación especial temporal para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Represion pública. / Suspension de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Represion privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias*. / Degradacion. / Interdiccion civil / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Pago de costas”. En cuanto al art. 90, párr. 4º, PRCP 1880, de las escalas graduales, permanece como su modelo de 1870: “Escala núm. 3º. / 1º. Relegacion perpétua. / 2º. Relegacion temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Represion pública. / 6º. Caucion de conducta. / Escala núm. 4º. / 1º. Extrañamiento perpétuo. / 2º. Extrañamiento temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Represion pública. / 6º. Caucion de conducta”.

145 “Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, sobre autorizacion para plantear el nuevo Código penal” [PCP 1882], en *DSCS*, nº 79, 11 de abril de 1882, apd. 1º.

146 Véase GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, pp. 59-60; cfr. nota III/159.

147 ANTÓN ONECA, “Los proyectos...”, p. 255.

148 Art. 32 PCP 1882: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas*

sola escala gradual reúne los dos grados de *relegacion ó extrañamiento* y de destierro¹⁴⁹.

En las postrimerías de 1884, presentó el ministro Francisco Silvela ante las Cortes un Proyecto de ley penal cimentado sobre los previos intentos codificadores¹⁵⁰: de todos los proyectos de reforma del Código Penal de 1870 el de los hermanos Silvela es de seguro el mejor valorado por la doctrina¹⁵¹. El articulado que los Silvela sometían a la Cámara Baja se pasó a una comisión, en la que precisamente figuraba Luis como secretario, que ofreció un dictamen favorable a la vez que introducía ligerísimas modificaciones¹⁵². Pese a tan buenas expectativas y a sus reconocidos méritos, no había de fraguar, más por condicionamientos de rivalidad que ideológicos o doctrinales¹⁵³. Como bien ha estudiado Alvarado, “aunque [...] no llegó a alcanzar la sanción legal, sí estuvo ‘en parte vigente’ (y permítame el lector recurrir a esta expresión jurídicamente incorrecta) en cuanto que la casi totalidad de sus innovaciones fueron contempladas en el Código Penal del Protectorado español en Marruecos”¹⁵⁴. Su iniciativa más sorprendente en materia de puciones aca-

aflictivas. / Muerte. / Reclusion perpétua. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Inhabilitacion perpétua absoluta para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / Inhabilitacion perpétua especial para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / *Penas correccionales*. / Prision. / Destierro. / Arresto. / *Pena aflictiva ó correccional*. / Inhabilitacion temporal absoluta para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / Inhabilitacion temporal especial para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / *Pena leve*. / Cárcel. / *Pena aflictiva, correccional ó leve*. / Multa. / *Pena especial de imprenta*. / Suspension del periódico. / *Penas accesorias*. / Interdicción civil. / Comiso de los instrumentos ó efectos del delito”.

149 Art. 87 PCP 1882, esc. gr. 2^a.

150 “Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia, facultando al Gobierno para plantear el Código penal”, de 29 de diciembre de 1884 [PCP 1884], en *DSCCD* 1884-1885, t. III, n^o 54, de 30-XII-1884, apd. 1^o, con referentes que explicita su exordio “Á las Córtes” (*ibidem*, p. 2). Véase ANTÓN ONECA, “Los proyectos...”, pp. 258-277.

151 V. gr., SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 557; ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 18; SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 237.

152 “Dictámen de la Comision referente al proyecto de ley facultando al Gobierno para plantear el Código penal”, en *DSCCD* 1884-1885, t. III, n^o 128, de 18-IV-1885, apd. 2^o.

153 JAVIER ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, pp. 341, 344.

154 ALVARADO, *Constitucionalismo...*, p. 339. Por igual, ANTÓN [ONECA], *Los an-*

so radique en la prescindencia del confinamiento, que subsume en una relegación no sólo ultramarina, sino también factible en los archipiélagos canario y balear¹⁵⁵; conserva como penas aflictivas el extrañamiento y tal relegación (pero ahora coloca ésta por debajo en la escala general, aunque se equiparán luego en la gradual), sean perpetuas o temporales, y el destierro como correccional¹⁵⁶; luego, añade la sujeción a la vigilancia de la autoridad, mas no tenida ya por pena, sino *como complemento de la pena*¹⁵⁷, construcción que se identificará con la de medida de seguridad, ésta todavía no recibida, mas en trance emergente¹⁵⁸.

Ya he hecho alusión al Proyecto de ley de bases de Alonso Martínez (1886/87)¹⁵⁹, en ocasiones parangonado, cuando su entidad difiere en mucho, con su otro Proyecto, de Código Penal hecho y formado, anterior en cinco años. Entre estas pocas bases, una –réplica de tal ensayo de 1882– se emplea en la penalidad, insistiendo en aquella moderación penológica que, dentro del género aquí analizado, lleva a admitir en el seno de las escalas nada más que la relegación y el extrañamiento temporales como penas aflictivas y el destierro como correccional¹⁶⁰.

tecedentes..., p. 18, o JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 770. Otros textos codificados tras los que se advierte su influjo son, por ejemplo, el de Fernández Villaverde, en 1891, o el de Montilla, en 1902 (véase LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 547, 577, 582).

155 Art. 54 PCP 1884.

156 Art. 39 PCP 1884: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código son las siguientes: / *Penas aflictivas*. / Muerte. / Reclusion perpétua ó temporal. / Presidio. / Extrañamiento perpétuo ó temporal. / Inhabilitacion absoluta perpétua ó por más de seis años. / Inhabilitacion especial perpétua ó por más de seis años. / Multa que exceda de 2500 pesetas. / *Penas correccionales*. / Prision. / Arresto. / Destierro. / Inhabilitacion absoluta hasta seis años. / Inhabilitacion especial hasta seis años. / Multa que exceda de 150 pesetas y no pase de 2500. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Multa que no exceda de 150 pesetas. / *Pena accesoria*. / Interdicción civil”. Art. 44 PCP 1884: “Escala Segunda. / Penas de restricción de libertad”, con siete grados de extrañamiento y relegación, más tres de destierro.

157 Art. 40.4º PCP 1884.

158 Cfr. nota IX/83.

159 “Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código penal” [PLB 1887], en *DSCCD* 1887, t. III, nº 86, de 9-V-1887, apd. 3º. Véase ANTÓN ONECA, “Los proyectos...”, pp. 277-283.

160 PLB 1887, base 9ª: “La escala general de penas será la siguiente: / *Penas aflictivas*. / Muerte. / Reclusion perpétua. / Reclusion temporal. / Relegación temporal. / Extrañamiento temporal. / Inhabilitación perpétua absoluta para cargo público, derecho

Por lo que hace al Proyecto *Villaverde* de 1891, poco o nada puede aportar al presente trabajo si “las escalas penales son tres y en la misma forma que en el proyecto del Sr. Silvela”¹⁶¹. Salvado el cambio de siglo, 1902, el ministro Montilla encomienda a un jovencísimo Bernaldo de Quirós la elaboración de un nuevo Proyecto que no tuvo entrada en el Parlamento¹⁶²: “ha sido precursor de los avances de nuestra legislación penal por la dirección moderna”¹⁶³ –juzga Antón Oneca–, pero mucho de lo que propone lo toma del Proyecto *Silvela*, particularmente en materia penológica. El propio codificador, en el tratado que escribió al alimón con Navarro de Palencia, transcribe parte de su infecunda obra, precisamente el capítulo sobre *clasificación y duración de las penas*, que “[...] se simplifican, se atenúan, se impregnan de sentido correccional”¹⁶⁴; tras las de privación de libertad, coloca –como hiciera Silvela– dos de restricción de libertad: la relegación, perpetua y temporal, y el destierro, sin vestigio de extrañamiento ni confinamiento (mas ésta, conceptualmente, va a encajarse en las relegaciones¹⁶⁵) y sin rescatar tampoco la vigilancia de la autoridad¹⁶⁶.

de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / Inhabilitacion perpétua especial para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / *Penas correccionales*. / Prision. / Destierro. / Arresto. / *Pena afflictiva ó correccional*. / Inhabilitacion absoluta para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / Inhabilitacion especial para cargo público, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesion ú oficio. / *Pena leve*. / Detencion. / *Pena afflictiva, correccional ó leve*. / Multa. / *Pena accesoria*. / Interdicción civil”. A seguido de su escala general de penas podía leerse además que “se establecerá la relacion correspondiente entre estas penas y los establecimientos penales que deben existir en los pueblos, en determinadas capitales de provincia y en Africa, Canarias y Ultramar, segun las bases de un buen sistema penitenciario. Tambien podrán ser utilizadas al efecto nuestras posesiones del Golfo de Guinea é islas Marianas, Carolinas y Palaos” (*ibidem*, párr. 2º).

161 GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 38.

162 Proyecto *Montilla/Bernaldo de Quirós* de Código Penal, de 1902 [PCP 1902], en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, pp. 49-57. Léase *ibidem*, p. 48, así como GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 61.

163 ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 19.

164 BERNALDO DE QUIRÓS, “La evolución...”, p. 56.

165 Art. 55, párr. 1º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571.

166 Art. 35 PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 53: “Las penas que pueden ser impuestas con arreglo á este Código, son las siguientes: / *De privación de libertad*. / Reclusión perpetua. / Reclusión temporal. / Prisión. / Arresto.

Con Rafael Salillas como colaborador científico¹⁶⁷, no se extiende en 1905 el Proyecto del ministro Ugarte Pagés, que lo es de bases solamente, a más de refundir las penas de privación de libertad a los efectos de organización penitenciaria, con preocupaciones simplificadoras y correccionalistas que dejan en su estado las de mera restricción¹⁶⁸. El de Ruiz Valarino, también de bases, rendido en 1911 por la Comisión de Codificación¹⁶⁹, marca como directriz que “la simplificación de la escala de las penas se llevará al último límite, de suerte que queden reducidas a una sola por cada uno de los objetos sobre que puede recaer”, además de amonestar a los encargados de su articulación acerca de la desaparición definitiva que “[...] se adoptará con el extrañamiento, a fin de que las penas, sin distinción, puedan cumplirse dentro del territorio español”¹⁷⁰. Subsiguiente es el Proyecto de la Subcomisión penal del año 1912, reproducido y vuelto a discutir en 1920: “casi se limita a seguir el *elaborado* por Silvela”, pero se cuenta entre los materiales aprovechados para forjar el Código del año 1928¹⁷¹.

Aparte de los precedentes trabajos oficiales, contempla Lasso Gaité otros proyectos de Código penal compuestos por particulares, como el *Bosquejo detallado de Código Penal filosófico-práctico* (1873) de Juan Alonso Eguilaz, destacable entre los demás de dicho carácter por cuanto que “reduce

/ *De restricción de libertad*. / Relegación perpetua. / Relegación temporal. / Destierro. / Multa. / Inhabilitación absoluta perpetua para cargos públicos, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesión ú oficio. / Inhabilitación absoluta temporal para cargos públicos, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesión ú oficio. / Inhabilitación especial perpetua para cargos públicos, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesión ú oficio. / Inhabilitación especial temporal para cargos públicos, derecho de elegibilidad y de sufragio, profesión ú oficio. / Interdicción civil”.

167 SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 561.

168 “Reforma del Código penal. Proyecto de Ley”, en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 589-592, bs. 5^a (“Para los efectos de la organización penitenciaria se refundirán las actuales penas de privación de libertad en los siguientes grupos: / Reclusión: Cadena perpetua y temporal; y reclusión perpetua y temporal. Prisión: Presidio mayor; prisión mayor; presidio correccional; y prisión correccional. Arresto: Arresto mayor; y arresto menor”) y 6^a).

169 “Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código penal” [PLB 1911], en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 604-608.

170 PLB 1911, b. 17.

171 Juan DEL ROSAL, *Principios...*, t. I, p. 405; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 771. Se trata del Proyecto a veces denominado como de Landeira y Covián (véase, v. gr., GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 61).

las penas a dos: la de prisión, y la de alejamiento del reo y forzosa residencia”¹⁷², sólo la libertad como bien jurídico intervenido. Y al margen de la copia de proyectos malogrados y de la curiosidad carlista, es lo cierto que entre 1870 y 1928 sí hubo otros códigos penales –españoles– con vigencia, de ordinario preteridos en la mayoría de estudios: los militares (del Ejército y de la Marina¹⁷³) y los *coloniales*¹⁷⁴ (el de Cuba y Puerto Rico, el de las islas Filipinas y el ya aludido de Marruecos), y es en el antillano, del año 1879¹⁷⁵, donde se recupera la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, si bien limitadamente para ese específico territorio que justifica una adaptación del primigenio texto de 1870¹⁷⁶. La comisión especial, en el informe de remisión el 21 de mayo

172 LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 643, en comentario a Juan ALONSO Y EGUILAZ, *Bosquejo detallado de Código penal filosófico-práctico*, p. 23.

173 *Código Penal Militar* de 17 de noviembre de 1884, *Código Penal de la Marina de Guerra* de 24 de agosto de 1888, *Código de Justicia Militar* de 25 de junio de 1890.

174 Como cobertura desde el vértice del ordenamiento para estas especialidades legislativas por razón del territorio, reza la “Constitucion de la Monarquía española”, de 30 de junio de 1876 [CME 1876], en *CLE* 116, disp. 264, pp. 821-835, art. 89, párr. 1^o, que “las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales; pero el Gobierno queda autorizado para aplicar á las mismas, con las modificaciones que juzgue convenientes y dando cuenta á las Córtes, las leyes promulgadas ó que se promulguen para la Península”. Véase JAVIER ALVARADO PLANAS, “La codificación del Derecho penal colonial español : Cuba, Puerto Rico, Filipinas y Marruecos”, en Alvarado Planas/Serrano Maíllo (eds.), *Estudios...*, pp. 385-448.

175 “Real decreto, mandando observar el Código penal reformado el 17 de Junio de 1870 en las Islas de Cuba y Puerto-Rico, y la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal para la aplicacion de dicho Código”, de 23 de mayo de 1879 [CPCPR 1879], en *CLE* 122, disp. 265, pp. 927-1089. En la jurisprudencia, consúltese el contenido de la sentencia de 10 de julio de 1882 (Pedro SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos de Derecho resueltos en sentencias del Tribunal supremo de Justicia desde 1938 hasta fin de diciembre de 1881*, t. I, p. 431). Véase María Paz ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal (1837-1898)*, pp. 51-52.

176 Art. 24 CPCPR 1879: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpétua. / Reclusion perpétua. / Relegacion perpétua. / Extrañamiento perpétuo. / Cadena temporal. / Reclusion temporal. / Relegacion temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prision mayor. / Confinamiento. / Inhabilitacion absoluta perpétua. / Inhabilitacion absoluta temporal. / Inhabilitacion especial perpétua para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / Inhabilitacion especial temporal para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, derecho de sufragio activo

de su proyecto de Código penal, exponía que “habíasele encomendado por el Gobierno la tarea de proponer en nuestro Código penal las reformas necesarias para su planteamiento en Cuba y Puerto-Rico, y de esta locucion parecia inferirse lógicamente el deber de respetar el texto vivo en la madre pátria, no alterándole ni modificándole sino en cuanto lo exigiesen imperiosamente las condiciones especiales de nuestras provincias ultramarinas”¹⁷⁷; pues bien, ondeada la máxima de intervención mínima sobre el texto original¹⁷⁸, en la elección de penas no más que una sola alteración o modificación se consideró precisa, y tal es de las pertinentes al presente estudio: el rescate de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, aunque ya no como la pena correccional que había sido en 1848 y 1850, sino como accesoria. Bajo unos mismos principios desarrolló para las Filipinas sus trabajos la Comisión codificadora para las provincias de Ultramar¹⁷⁹, que seguía mostrándose consciente, como en la ocasión anterior, de que “no estaba llamada á reformar el Código penal vigente en la Península, bajo el punto de vista de los principios de la ciencia y de los datos y enseñanza que ha suministrado su aplicación por los Tribunales peninsulares desde el año 1870”¹⁸⁰, limitándose, por consiguiente y en aras de la política de asimilación diseñada y practicada por el gobierno nacional, a las consabidas *reformas necesarias para su planteamiento* extrapeninsular, a la sazón en las islas Filipinas; de ahí que “por lo que á las penas se refiere [...] la Comisión codificadora ha sacrificado sus aspiraciones, encaminadas á reducir las y simplificarlas, porque de otro modo hubiera sido preciso alterar las

y pasivo, profesion ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Reprension privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caucion. / *Penas accesorias*. / Degradacion. / Interdicion civil / Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Pago de costas”. Art. 90, párr. 4º, CPCPR 1879: “Escala núm. 3º. / 1º. Relegacion perpétua. / 2º. Relegacion temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Reprension pública. / 6º. Caucion de conducta. / Escala núm. 4º. / 1º. Extrañamiento perpétuo. / 2º. Extrañamiento temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Reprension pública. / 6º. Caucion de conducta”.

177 Informe de la Comision remitiendo el Proyecto de Código penal”, en R. D. de 23 de mayo de 1879 cit., p. 928.

178 “Informe...”, en R. D. de 23 de mayo de 1879, pp. 931-932.

179 Sobre su labor y sus logros, acúdase a ALVARADO, *Constitucionalismo...*, pp. 227-286.

180 “Exposición de la Comisión Codificadora de las provincias de Ultramar”, de 17 de julio de 1884, en *Código Penal y Ley provisional para la aplicación de las disposiciones del mismo en las islas Filipinas* [CPF 1884], p. 13.

bases, el método y la redacción del Código penal de 1870, imposibilitando en gran parte la uniformidad de la legislación penal¹⁸¹, que hubo de permanecer prácticamente indemne¹⁸².

Sigamos en los dominios de la Comisión General de Codificación, atendiendo el que se tiene por el mejor de sus frutos penales: su Código para la zona de influencia española en Marruecos¹⁸³. Promulgado por Dahir de 1º de junio de 1914, un par de años después de la constitución del Protectorado hispano-francés sobre el país¹⁸⁴, el Código Penal para Marruecos¹⁸⁵ recurre, según arriba se anticipaba, al Proyecto aderezado por los Silvela en 1884, innovando dicha *plantilla* sólo con algunas supresiones levísimas que en su momento consignaré. En términos de soberanía –huelga decirlo–, un protectorado no es una colonia, sino sólo una *zona de influencia*; ahora bien, en un estudio que pretende historiar un retazo de Derecho español, sálvese

181 “Exposición de la Comisión...” de 1884, pp. 17-18.

182 Art. 25 CPF 1884: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General. / *Penas afflictivas*. / Muerte. / Cadena perpétua. / Reclusión perpétua. / Relegación perpétua. / Extrañamiento perpétuo. / Cadena temporal. / Reclusión temporal. / Relegación temporal. / Extrañamiento temporal. / Presidio mayor. / Prisión mayor. / Confinamiento. / Inhabilitación absoluta perpétua. / Inhabilitación absoluta temporal. / Inhabilitación especial perpétua para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio. / Inhabilitación especial temporal para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio. / *Penas correccionales*. / Presidio correccional. / Prisión correccional. / Destierro. / Reprensión pública. / Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio. / Arresto mayor. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Reprensión privada. / *Penas comunes á las tres clases anteriores*. / Multa. / Caución. / *Penas accesorias*. / Degradación. / Interdicción civil. / Sujeción á la vigilancia de la Autoridad. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Pago de costas”. Art. 91, párr. 4º, CPF 1884: “Escala núm. 3º. / 1º. Relegación perpetua. / 2º. Relegación temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Reprensión pública. / 6º. Caución de conducta. / Escala núm. 4º. / 1º. Extrañamiento perpetuo. / 2º. Extrañamiento temporal. / 3º. Confinamiento. / 4º. Destierro. / 5º. Reprensión pública. / 6º. Caución de conducta”.

183 V. gr., SALDAÑA, “La reforma...” [1919], p. 193; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 770.

184 Váyase a Eloy MARTÍN CORRALES, “El Protectorado español en Marruecos (1912-1956): una perspectiva histórica”, en Joan Nogué/José Luis Villanova (eds.), *España en Marruecos*, pp. 145-157; y Ramón SALAS LARRAZÁBAL, *El Protectorado de España en Marruecos*, pp. 86-114, 130.

185 “Código Penal” de 1 de junio de 1914 [CPPM 1914], en *Leyes de Marruecos*, prt. II, pp. 3-91.

el no descabellado reparo acerca de la pertinencia de su aducción, mediante los laudatorios juicios de Saldaña o Jiménez de Asúa y, más que nada, con su hechura española: curiosa resulta la apreciación de Javier Alvarado acerca de *la paradoja de la aplicación, en el Protectorado, de un Código Penal distinto, y técnicamente muy superior, al vigente en la Península hasta 1928*¹⁸⁶. Ello sentado, su naturaleza –oriundez– española nunca debe hacer perder de vista que el Código para la zona de Marruecos no es un Código nacional ni un Código para una parte del territorio nacional, lo que hace la paradoja aún más sangrante... En él se cuenta con el extrañamiento sólo como pena aflictiva entre las de restricción –los condicionantes locales habían erradicado la relegación–, y con el destierro como correccional¹⁸⁷, con la consecuencia de que, ausente un confinamiento que en el Proyecto de 1884 era ya absorbido por la relegación, al faltar ahora también ésta, se presentaba un Código insólitamente –por lo atípico– provisto de una sujeción a la vigilancia que ahora deja de ser pena como único medio centrípeto –conforme a la clasificación de Bernaldo de Quirós¹⁸⁸– de restricción ambulatoria: a imitación del Proyecto inspirador, la *sujeción* perseveraba, *como consecuencia del delito o como complemento de la pena*¹⁸⁹, en su deriva hacia la medida de seguridad que llegaría a ser. De estos tres Códigos con especialidad territorial, los dos primeros desaparecieron del ordenamiento español en circunstancias harto conocidas: la crucial Guerra del 98, el *Desastre* por antonomasia¹⁹⁰; en cuanto al ma-

186 ALVARADO, *Constitucionalismo...*, pp. 288, 339.

187 Art. 29 CPPM 1914: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código son las siguientes: / *Penas aflictivas*. / Muerte. / Reclusión perpetua o temporal. / Presidio. / Extrañamiento. / Inhabilitación absoluta perpétua, o por más de diez años. / Inhabilitación especial perpetua, o por más de diez años. / Multa que exceda de 2500 pesetas. / *Penas correccionales*. / Prisión. / Arresto mayor. / Destierro. / Inhabilitación absoluta, o especial que no exceda de diez años. / Multa superior a 250 pesetas e inferior a 2500. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Multa hasta 250 pesetas. / *Pena accesoria*. / Interdicción civil”.

188 BERNALDO DE QUIRÓS, “Pena”, p. 573.

189 Art. 31.4º CPPM 1914.

190 Sobre la fortuna de esta legislación en Cuba y en las Filipinas con posterioridad a su independencia, acúdase a JIMÉNEZ DE ASÚA., *Tratado...*, t. I, pp. 677-678, 1284; CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 105; GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español. I. El origen y la evolución del Derecho*, p. 126; Emilia IÑESTA PASTOR, “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848”, en Luis E. González Vales (coord.), *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: actas y estudios*, v. II, pp. 493-520; o Bernardino BRAVO LIRA, “La fortuna del código penal español de 1848”, *AHDE* 74 (2004), p. 23.

roquí, estuvo en vigor tanto como el Protectorado que lo justificaba, esto es hasta la declaración de independencia, que el 7 de abril de 1956 inauguraba, desvinculándolo de España, una nueva era para el país africano¹⁹¹.

4. El Código de 1928 y sus antecedentes

Reintegrémonos a la Península y a la actividad proyectista tantas veces intentada sobre el longevo corpus de 1870. El que su autor, Quintiliano Saldaña –entonces vocal de la Comisión codificadora–, denomina en 1919 *proyecto de articulado*, a veces *anteproyecto*¹⁹², presenta como clases de penas de privación de libertad sólo dos genéricas: la “*prisión o encierro*, en sus formas de prisión, deportación colonial y arresto” y la “*expulsión*, en sus formas de expatriación [...], destierro [...] y expulsión de extranjeros”¹⁹³, sin embargo de haber sistematizado programáticamente tan sólo unas páginas atrás la relegación como forma de expulsión junto al destierro¹⁹⁴, aunque con ello parece referirse a la característica de quedar el sujeto reducido a unos límites geográficos y no a que se le prive de la libertad de moverse en el sentido generalmente aceptado; más adelante regula las que llama *penas de deportación (relegación, confinamiento)*¹⁹⁵, la *expatriación* y el *destierro*. Otrosí, “no se reputarán penas, sino medidas de seguridad ni podrán imponerse otras que

191 Léase a Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, v. 1º, p. 99.

192 Anteproyecto de Código Penal de 1920 [ACP 1920], en SALDAÑA, “La reforma...”, ts. 135 y 136, *passim*. Véase ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, pp. 15-16.

193 SALDAÑA, “La reforma...”, [136], p. 104 (art. 57 ACP 1920: “Las penas que pueden imponerse, con arreglo a este Código, son: / Penas de privación de libertad. / *Prisión o encierro*, en sus formas de prisión, deportación colonial y arresto, penitenciario o domiciliario. / *Expulsión*, en sus formas de expatriación [...], destierro [...] y expulsión de extranjeros [...]. / Penas de privación de los derechos. / *Inhabilitación cívica*: en sus formas: determinada e indeterminada, absoluta y relativa; ésta de indetención y prisión, de domicilio, de correspondencia, de instrucción activa, de palabra y prensa, de reunión y asociación, de trabajo e industria, de honores, cargos y empleos públicos, de sufragio activo y pasivo. / *Prohibición cívica*, absoluta o relativa; ésta, de patria potestad, tutela, consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes, y de disponer entre vivos. / Penas pecuniarias. / Multa, gradual, sobre sueldos o rentas”).

194 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 101: “para nosotros no existen sino dos formas esenciales de pena de la libertad: el *encierro o prisión* (reclusión, presidio, prisión, confinamiento, arresto), y la *expulsión* (relegación y destierro)”.

195 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60 ACP 1920).

las siguientes”: sigue nutrida lista que acoge la *alta vigilancia especial de la policía*, la *residencia y domicilio forzosos*, la *expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o rebeldes y de anarquistas* o la *tutela penitenciaria, como dependencia de un Establecimiento*¹⁹⁶. Culminación de estas sus aproximaciones a lo que había de ser el anhelado Código, formula el juriconsulto palentino un original e influyente proyecto de ley de bases¹⁹⁷, una de las cuales reduce la escala a unas pocas penas, quedando como restrictivas de libertad: el *confinamiento, en cualquiera localidad del territorio nacional*, la *expulsión de extranjeros* y el *destierro, local y nacional*¹⁹⁸. Seguramente, en ese confinamiento cabe subsumir una relegación que en la sistemática de Saldaña viene a ser lo mismo con su gradación de intensidad en el alejamiento, de igual modo que en el Anteproyecto de articulado el genérico nombre de deportación había englobado la relegación y el confinamiento¹⁹⁹. A continuación, se presentaban las medidas de seguridad: “entre las de privación de libertad, las de vigilancia de la policía; [...] residencia y domicilio intervenidos; expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o rebeldes”²⁰⁰. Bien se echa de ver que todos éstos eran trabajos de tanteo, aún repulidos por el contiguo –también de 1921– Proyecto *Piniés-Saldaña* de Ley de Bases²⁰¹.

La feracidad proyectista en lo criminal, tan pertinaz durante todo el decurso del Código de 1870, iba por fin a cundir en el de 1928, una ley penal engendrada a partir de aspiraciones meramente revisoras que los miembros de la comisión codificadora sobrepasaron hasta el extremo de ofrecer, entre

196 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112 (art. 69 ACP 1920).

197 Quintiliano SALDAÑA, “Proyecto de ley de Bases para la reforma del Código penal” [PLB 1921], en *RGLJ* 139 (1921), pp. 309-321. Véase ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 20.

198 PLB 1921, b. 16: “La escala general del art. 26 será reducida a las de: / Muerte, siendo especialmente solicitada por el Ministerio fiscal. / Prisión, en todos sus grados y formas. / Confinamiento, en cualquiera localidad del territorio nacional. / Expulsión de extranjeros. / Arresto, con especial aplicación del local y del domiciliario. / Las penas privativas de derechos se reducirán a las de: / Inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos. / Incapacitación para el ejercicio de derechos civiles. / De la multa saldrá todo un sistema gradual de penalidad [...]”.

199 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60 ACP 1920).

200 PLB 1921, b. 17.

201 Quintiliano SALDAÑA, “El futuro Código Penal”, en *RGLJ* 139 (1921), p. 308, al prologar este PLB 1921 le llama “el Proyecto del Sr. Piniés”. Véase LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 629.

el empirismo del Anteproyecto de 1912 y el cientifismo de las bases de Saldaña²⁰², un nuevo texto por entero innovador y consagrado a la corriente del defensismo social. Se redacta, pues, un extralimitado borrador que sobrexcede con mucho de la simple revisión²⁰³: en él “se dejan subsistentes el destierro y el confinamiento y se establece la deportación, si bien se modifica el alcance y extensión del confinamiento, que viene a ser una forma más grave de destierro”²⁰⁴, aparte de que “se suprimen [...] las penas llamadas perpetuas, porque en sí no son correccionales y niegan al penado toda esperanza de remisión normal, aparte de que tales penas vienen siendo en realidad temporales por la duración que se les fija expresamente de antemano”²⁰⁵, con lo cual aquella deportación siempre vendrá legalmente tasada en su temporalidad; resulta rechazado todo extrañamiento, quién sabe si para dar la razón a Constant, que sólo lo estimaba útil en democracia²⁰⁶... Desembocado el proyecto en la Asamblea Nacional muñida por el dictador, se ventila –dilacera Jiménez de Asúa– “[...] con tal ramplonería y ausencia de criterio científico, que se da el caso sorprendente de que los menos mal orientados fueron los penalistas”²⁰⁷; de un ulterior repaso ministerial sale el articulado definitivo²⁰⁸: “el Proyecto de 1927 era, en ciertos puntos, de peor técnica y de mayor dureza que el Código de 1928”²⁰⁹, al que, con todo y con ello, aún tilda el crítico penalista de *engendro de la Dictadura*.

Ya las preparatorias bases, bajo esa inspiración defensista que llegaría a hacerse ley en 1928, estaban pidiendo la solución binaria de asociar en la acción del Código penas y medidas de seguridad. Conforme a tal precedente,

202 ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 20.

203 “Proyecto de Código Penal, remitido por el señor Ministro de Gracia y Justicia”, de 1927 [PCP 1927], en *ANDS*, n° 3, de 23-XI-1927, apd. 1°B.

204 “Primera parte, no impresa, del apéndice en que se publicó el Proyecto de Código Penal, remitido a la Asamblea por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia”, de 7 de noviembre de 1927, en *ANDS*, n° 3, de 23-XI-1927, apd. 1°A, p. 11.

205 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 10 (asimismo, *ibidem*, p. 13 *in fine*).

206 CONSTANT, “Comentarios”, t. VI, pp. 162-168.

207 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, pp. 776-777.

208 “Real decreto-ley aprobando el proyecto de Código penal, que se inserta; y disponiendo que empiece a regir como ley del Reino el día 1° de Enero de 1929”, de 8 de septiembre de 1928 [CP 1928], en *CLEAC* 111, disp. 12, pp. 21-303.

209 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 777.

una de las novedades es la introducción del sistema dualista en el Código²¹⁰: penas y medidas de seguridad cooperan a la represión –bajo este preciso rubro²¹¹– de la infracción penal en una parte general que la primera consideración que suscita a Jiménez de Asúa es la de que “parece compuesta con el deliberado designio de hacerla inaplicable”²¹². Entre las penas, que ahora simplemente se acogen a la utilitaria división en graves, menos graves y leves²¹³, sorprende la ausencia del extrañamiento²¹⁴ y la recuperación nominal –porque su contenido sigue siendo ya el de la relegación venida de 1848– de la deportación, siempre pena grave; como graves o menos graves, según su duración, quedan el confinamiento y el destierro²¹⁵. En cuanto medida de seguridad, readmite la vigilancia de la autoridad, que, habiendo dejado de ser pena en 1870, así completaba, a través de proyectos y Códigos ultramarinos –el proceso antevisto–, su reconversión hasta esta consecuencia jurídica de la *novedosa* peligrosidad; son “[...] medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código” –atentos ahora sólo a las que limitan residencia o desplazamiento–: *la expulsión de extranjeros, la prohibición de que el reo, al extinguir la condena, vuelva a residir en el lugar en que cometió el delito, o en el que residían la víctima o su familia y el sometimiento del delincuente a vigilancia de la Autoridad*²¹⁶, con finalidad que fluctúa entre lo eliminatorio y

210 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 12: “se ha dado entrada franca en el Código a las llamadas medidas de seguridad, que la Comisión ha traído, no como sustitutivos penales (salvo una excepción) sino como prevenciones o disposiciones que los Tribunales han de adoptar en unos casos preceptivamente y potestativamente en otros, como complemento o efectos especiales de las penas”.

211 Tít. III (“De la represión”) del Libro I (“De la infracción criminal y de su represión”) PCP 1927 o CP 1928.

212 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 777;

213 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 10; cotéjese con PLB 1921, b. 15.

214 Sobre su abolición con la perspectiva del Derecho comparado, véase Eugenio CUELLO, “Extrañamiento”, en *EJE*, t. XV, p. 566.

215 Art. 87 CP 1928: “Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código son las siguientes: / Muerte. / Reclusión. / Prisión. / Deportación. / Confinamiento. / Destierro. / Inhabilitación absoluta o especial para cargos públicos, profesión, arte, oficio y derechos políticos. / Arresto. / Multa” (e idéntico, el 90 PCP 1927).

216 Art. 90 CP 1928, en sus números 4º, 12º y 13º, respectivamente, provenientes las dos primeras del art. 93.4º y 12º PCP 1927.

lo preventivo²¹⁷; de la primera, invocaba la exposición de motivos del proyecto la patente raigambre, como que sus trazas ya “se encuentran en disposiciones de carácter gubernativo”²¹⁸; y la *vigilancia*, desechada en la escala de medidas proyectada, si bien contaba con muy específica presencia efectiva fuera de ella²¹⁹, hubo de *repescarse* como medida regular en el texto a la postre alumbrado por el directorio.

5. El Código de 1932

El madrugador Decreto de 15 de abril de 1931²²⁰ anuló en el segundo día de la Segunda República ese Código Penal motejado de *Estatuto penal espurio* o *Código faccioso*²²¹, devolviendo al *provisional* corpus de 1870, tras su inexcusable *republicanización*²²², un vigor redivivo que llegó todavía a mantener año y medio largo, justamente hasta la promulgación, en 1932, de la Ley Penal del nuevo régimen democrático²²³. Éste, acuciado por el interés en dejar sentir al menos en lo principal sus ideales políticos y sociales, priorizó una reelaboración de urgencia del texto codificado tradicional, compendiada en treinta y dos bases, que reducía la familia de las penas restrictivas de libertad a las de extrañamiento, confinamiento y destierro, entre las graves, con descarte de la relegación²²⁴, dejando la preparación de un Código de nuevo cuño

217 Véase SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, pp. 212-213.

218 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 12.

219 Art. 111 PCP 1927, luego 107 CP 1928. Cfr. nota IX/94.

220 “Decreto disponiendo quede anulado sin ningún valor ni efecto el titulado Código penal de 1928, como igualmente los titulados Decretos-leyes de la Dictadura, que establecieron o modificaron definición de delitos o fijación de penas”, de 15 de abril de 1931, en *CLE* 123, disp. 410, pp. 704-705.

221 Los apelativos dados al código cesante aparecen, por ejemplo, en la exposición de motivos del de 1932 (cfr. nota III/223), pp. 616-617. Repátese LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*, p. 63; *id.*, *Tratado...*, t. I, p. 778).

222 Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, pp. 781-782, donde con firme expresividad defiende los decretos anulativos de la República como *ordenamiento de necesidad*; *id.*, *Código...*, pp. 65-71.

223 “Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código Penal de 1870 reformado según la Ley de Bases de 8 de Septiembre” [CP 1932], en *CLE* 131, disp. 1614, pp. 595-736.

224 “Ley de Bases para la reforma del Código penal de 1870”, de 8 de septiembre

para más adelante²²⁵, quizás 1934, en el cual, a tenor de las nuevas dieciséis bases emanadas de la Subcomisión penal asesora, la idea para las binarias escalas de penas y medidas se perfilaba marcadamente reductora de las restricciones de libertad: sólo confinamiento y destierro entre las penas, no más que la expulsión de extranjeros como medida de este orden, sin sujeción o sometimiento a vigilancia²²⁶.

Pero antes de permitirse tales aspiraciones, como digo, la primera preocupación y actuación subsiguiente (ya el 15 de abril de 1931) de la Segunda República española consistió en la anulación de la normativa penal, *in totum*, emanada de la inmediata dictadura, entre la que ostenta señero lugar su *Código penal* de 1928; y ello, con toda la perturbación jurídica que comporta esta elección de la problemática fórmula anuladora con preferencia a una derogación, de ahí que no sólo se estuviese resucitando el vetusto *Código penal* de 1870, sino generando la exigencia de revisar toda condena dictada bajo el texto que se anulaba. Creada una situación, en el plano del Derecho criminal, a todas luces inestable y aun conflictiva, la perentoria adecuación de la regulación decimonónica al novedoso contexto político y social se afronta con premura por medio del Decreto del siguiente 2 de mayo, concentrado en republicanizar, en sustituir las expresiones y preceptos de sabor monárquico por otros, aunque análogos, acordes con el sistema republicano. A esta intervención de urgencia había por fuerza de suceder, bajo los auspicios de la neotérica Comisión Jurídica Asesora²²⁷, un programa modificador de la legislación penal con mayores pretensiones, el que –vía ley de bases– cristaliza en este *Código penal* reformado de 1932, en el cual sobreviven sólo como graves las tres puciones deambulatorias²²⁸ que recogerá igualmente la adaptación

de 1932 [LBCP 1932], en *CLE* 131, disp. 1344, pp. 25-31, b. 6^a, que da lugar al art. 27 CP 1932 (cfr. nota III/228).

225 Repárese en que, de hecho, el título dado oficialmente a la norma fue el de “Código Penal de 1870 reformado”...: léase la ‘Exposición de motivos’ del CP 1932, pp. 596-597.

226 “Las dieciséis Bases del futuro Código penal”, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 204-206, b. 9^a (“La escala penal estará formada por las siguientes penas principales: reclusión y prisión [...]; confinamiento y destierro [...]; y multa [...]. Las accesorias serán: privación y suspensión de funciones y derechos”) y b. 10, con las medidas de seguridad. El catedrático y diputado republicano, *ibidem*, p. 216, da cuenta del laboreo sobre estas bases, entre él mismo, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz.

227 Véase GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 30.

228 Art. 27 CP 1932: “La escala general de penas será la siguiente: *Penas gra-*

franquista de 1944 para ser mantenidas por los textos revisados o refundidos hasta finales del siglo XX: extrañamiento, confinamiento y destierro, penas graves las tres una vez depuesta la vieja categoría de las afflictivas²²⁹; y forman de nuevo una sola escala gradual²³⁰.

No obstante, si se extrajeron en 1932 esas modernas medidas de seguridad que habían accedido al articulado de 1928, fue para darles cabida en un corpus autónomo: la sonada *Ley de vagos y maleantes* de 4 de agosto de 1933. Partiose de un proyecto que sólo enumeraba tres medidas y las tres partícipes de una restricción ambulatoria: controlaba el domicilio, desterraba o confinaba²³¹ en un recorte instrumental cuyo denominador común quería estribar sobre una vigilancia tutelar y protectora de la autoridad que informase y densificase la tríade (remito, por ello, al epígrafe que abriré a la sujeción a la vigilancia de la autoridad: sin figurar ésta acá como medida aplicable, abarca o mediatiza las tres expresamente enunciadas hasta presentarse como el mecanismo más eficiente en el concepto de sus pergeñadores). Laborando sobre este borrador, un segundo proyecto, de consenso entre el gobierno y la minoría socialista (representados, respectivamente, por Mariano Ruiz-Funes y Luis Jiménez de Asúa), convino en la configuración del elenco de medidas²³² que iba a alcanzar, ya solamente con algún añadido explicativo, la ley promulgada²³³. Redondeaba ésta la reforma penal llenando el vacío dejado

ves / Reclusión mayor. / Reclusión menor. / Presidio mayor. / Prisión mayor. / Presidio menor. / Prisión menor. / Arresto mayor. / Extrañamiento. / Confinamiento. / Destierro. / Reprensión pública. / Inhabilitación absoluta. / Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. / Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. / *Penas leves* / Arresto menor. / Reprensión privada. / *Penas comunes* / Multa. / Caución. / *Penas accesorias* / Interdicción civil. / Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”.

229 El mismo artículo 27 en los sucesivos textos *refundido* de 23 de diciembre de 1944, *revisado* de 28 de marzo de 1963 y *refundido* de 14 de septiembre de 1973.

230 Art. 77, párr. 4º, CP 1932: “Escala núm. 3: / 1ª. Extrañamiento. / 2ª. Confinamiento. / 3ª. Destierro. / 4ª. Reprensión pública. / 5ª. Caución de conducta”.

231 Primer “Proyecto de ley”, en *DSCCR*, nº 326, de 25 de abril de 1933, apd. 2º, art. 7º.

232 Segundo Proyecto de ley sobre vagos y maleantes, en “Dictamen de la Comisión de Presidencia acerca del proyecto de ley sobre Vagos y maleantes”, en *DSCCR*, nº 361, de 28 de junio de 1933, apd. 9º, pp. 3-5, art. 4º.

233 “Ley relativa a vagos y maleantes”, de 4 de agosto de 1933 [LVM 1933], en *CLE* 131, disp. 1147, pp. 385-393. Sígase por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 530-603, todo ese proceso legislativo aquí apenas esbozado.

al suprimir el Código de 1928 y, con él, unas medidas de seguridad de briosos innovación entonces, doctrinal y socialmente recibidas con energía. En ella la construcción sistemática de las medidas de seguridad resulta mucho más lograda que en su precedente, y, según la valoración en que la pondrá su sustituta, la *Ley de peligrosidad y rehabilitación social* de 1970, “constituyó [...] un avance técnico indudable y supuso un paso acertado e importante en la necesidad política de defensa y protección social, en cuyo campo ha producido estimables resultados”²³⁴, y ello “a pesar de surgir casi sin preparación y de haber sido compuesta con singular apremio”²³⁵. El catálogo de medidas que recogió esta Ley de Vagos incluía las de *expulsión de extranjeros del territorio nacional, obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado, prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe* y, ya específica y sustantivamente, *sumisión a la vigilancia de la autoridad*²³⁶. Por lo que a estas cuatro medidas hace, fueron conservadas casi fielmente en la supracitada Ley 16/1970²³⁷, que, “[...] manteniendo sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de 1933 se inspiró, adecúa su contenido a las necesidades y realidades de hoy”²³⁸, más aún con la asistencia del Reglamento dictado el año siguiente para pautar su aplicación²³⁹. Como pasos intermedios, aunque proactivos, en 1964, se había ofrecido a la consideración político-académica un texto de trabajo propiciado por Castejón, Anteproyecto de ley de defensa social, que admitía sólo dos de las medidas que nos interesan: la *obligación de informar acerca del domicilio, de residir en lugar determinado, y de no residir en lugar determinado*, con la *sujeción a la vigilancia de la Comisión a que se refiere esta ley*, a las cuales

234 “Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social” [LPRS 1970], en *BOE* 187, de 6-VIII-1970, pp. 12551-12557: la cita pertenece a su exordio, p. 12552.

235 Son palabras de uno de sus artífices, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 530. Confróntese, en cambio, con el juicio crítico de FRANCISCO MUÑOZ CONDE/MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 53.

236 Respectivos arts. 4^o.4^a-7^a LVM 1933 y del seminal proyecto de junio anterior.

237 Art. 5.12, 5.9^a, 5.10 y 5.14 LPRS 1970.

238 LPRS 1970, exordio, p. 12552.

239 “Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social” [RPRS 1971], en *BOE* 132, de 3-VI-1971, pp. 8895-8903, en donde se regulan las pautas aplicativas de estas medidas de seguridad: expulsión de extranjeros (art. 13), restricciones domiciliarias (art. 12) y sumisión a vigilancia (arts. 15 y 50-62).

reclama *un nuevo espíritu* no represivo²⁴⁰; y, ya a primeros del año 1970, se plantea un Proyecto de Ley de Peligrosidad Social, con las cuatro medidas de referencia alistadas²⁴¹.

6. El Texto Refundido de 1944 y sus *revisiones*

Retomando la senda cronológica de la codificación penal, preciso es detenerse en un texto de acusada singularidad: el falangista *Anteproyecto de Código Penal* de 1938, en plena Guerra Civil, que –valora Casabó–, “[...] pese a su apariencia clásica, constituye el intento más revolucionario y original de la codificación penal reciente sobre todo por lo que se refiere a la parte general”, claro es que perjudicado por sus consignas político-totalitarias; además, aun salido del seno de la Falange, “[...] nació con vocación de vigencia inmediata”. Ceñidos a aspectos pertinentes al presente estudio, sorprende a Casabó el *extraordinario subjetivismo del anteproyecto*, aferrado éste en todo momento al concepto de peligrosidad, hasta dispensar medidas de seguridad a cualesquiera condenados e incluso a los beneficiados por eximente²⁴². En efecto, recuperando en este punto la organización del Código de la Dictadura antecedente, la del general Primo de Rivera, acoge en su articulado defensista a ultranza, cabe las clásicas penas, una escala general de medidas de seguridad, unas y otras reunidas en un mismo precepto. De las primeras interesan la *relegación*, el *extrañamiento*, el *confinamiento* y el *destierro* –penas graves las cuatro–, mientras que entre las segundas sobresalen la *expulsión del territorio nacional o colonial*, no limitada a extranjeros, la *sumisión a la vigilancia de la Autoridad o delegados*, la *obligación de declarar su domicilio o de residir en lugar determinado*, la *prohibición de residir en lugar o territorio determinados*, la *abstención de frecuentar los sitios que se le marquen*, así como –descomedido desdén al principio de legalidad– *cualquier otra prevención de igual entidad o análoga a las anteriores que el Tribunal*

240 Federico CASTEJÓN, “Anteproyecto de ley de defensa social”, en vv. aa., *Estudios penales. Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.*, pp. 139-151, art. 3º.4 y 5 (pp. 143, 147).

241 “Proyecto de Ley de Peligrosidad Social”, *ADPCP* 22/3 (IX/XII-1972), p. 543, art. 4º.11, 4º.8ª, 4º.9ª y 4º.13.

242 José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S.* [AFCP 1938], pp. 2-5, 7-8.

*considere útil para el fin de precaver la reincidencia por parte del sujeto a la medida de seguridad*²⁴³.

Otro proyecto sobrevino con la reorganización de la Administración central del banderizo Estado emergente de la guerra: restablecida la Comisión General de Codificación ya en marzo de 1938²⁴⁴, da frutos penales en las postrimerías de 1939: “no se trataba de un proyecto a estudiar, con indeterminada puesta en vigor, sino que se partía de la base de que iba a serlo inmediatamente, [...] como lo demuestra su disposición transitoria”, con la acostumbrada *vacatio legis* de veinte días, mas acaso en *la prolongación de la situación jurídica análoga a la de guerra*, tras el estallido de la Segunda Guerra Mundial, haya de verse el factor determinante de su desmayo legislativo²⁴⁵. En este segundo intento –desde la España insurgente– de codificación penal las pretensiones se han rebajado con respecto a la propuesta falangista del año anterior y ya se pretende elaborar *tan sólo una ley de transición, de carácter provisional*, por supuesto que *en tanto se elabora un código penal radicalmente nuevo*²⁴⁶, lo cual rebaja un tanto su osadía, hasta el extremo de que, en el arqueo de Casabó, “el proyecto es de corte tradicional, es una simple reforma del de 1932”, dicho sea sin minusvalorar la disensión motriz respecto a éste ni su desahogo dispositivo: “desde el punto de vista político, se parte de la visión totalitaria del Estado” y, “desde el punto de vista técnico, sobresale un evidente subjetivismo”, características a las que en un plano ya formal cabe agregar la exhibición de *numerosos errores*²⁴⁷. Su penalidad mantiene, entre las penas graves que restringen la libertad, sólo las tres de 1932: extrañamiento, confinamiento y destierro; junto a ellas, como acceso-

243 Art. 27 AFCP 1938: “Escala general de penas / Penas graves / Muerte. / Cadena. / Reclusión. / Presidio. / Encarcelamiento. / Relegación. / Extrañamiento. / Confinamiento. / Destierro. / Pérdida de la nacionalidad. / Reprensión pública. / Inhabilitación absoluta. / Inhabilitación especial para cargo público, derechos cívicos, profesión u oficio. / Suspensión de cargo público, derechos cívicos, profesión u oficio. / Penas leves / Arresto. / Reprensión privada. / Penas comunes a las dos clases anteriores / Multa. / Caución. / Penas accesorias / Interdicción civil. / Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”. A continuación trae este mismo artículo la *escala general de medidas de seguridad*, con las supradichas.

244 Véase GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 31.

245 José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El Proyecto de Código Penal de 1939* [PCP 1939], p. 3.

246 PCP 1939, ‘Exposición de motivos’, pp. 30, 33.

247 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCP 1939], pp. 4-5.

ria, suma una expulsión de extranjeros así sustraída al elenco de medidas de seguridad de 1928 y de 1933²⁴⁸, sin franquear, por cierto, el acceso grupal de éstas, laborando como labora su afán adaptador sobre el expirante Código republicano, que las difirió hasta su tratamiento por la Ley de vagos.

Por fin, el *Proyecto de Ley de Bases* de 14 de julio de 1944, tercer intento de la España sublevada, ya sin oposición posible –ni siquiera intestina tras la omnimoda acumulación de poder personificada en el general Franco–, sí halló el camino expedito para fructificarle a la facción vencedora de la contienda civil, promulgándose el 23 de diciembre de 1944 su propio Código penal. La reforma, desligada de los anteproyectos de 1938 y 1939²⁴⁹, consiste en otra reelaboración del añejo articulado de 1848, ahora al servicio del nuevo orden dictatorial²⁵⁰. La planilla de dicha reelaboración venía dada por las numerosas “Bases por la Comisión General de Codificación”, de febrero de 1939, obra de Cuello Calón: una de ellas prescribía el sistema de penas, con confinamiento y destierro, pero sin un extrañamiento que pronto fue *repescado* dentro del mismo foro; otra hacía lo propio con las medidas de seguridad, que a la postre no habían de llegar al Código, previniendo la *prohibición de residir, después de extinguida la condena, en el lugar del delito o donde resida la víctima de él o su familia*, mas la *expulsión de extranjeros del territorio nacional después del cumplimiento de su condena*²⁵¹, la cual –ésta sí– pasará al Texto Refundido de 1944 del Código Penal²⁵², el primero de los

248 Art. 31 PCP 1939: “Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General / *Penas graves*. / Muerte. / Reclusión mayor. / Reclusión menor. / Presidio mayor. / Prisión mayor. / Presidio menor. / Prisión menor. / Arresto mayor. / Extrañamiento. / Confinamiento. / Destierro. / Reprensión pública. / Inhabilitación absoluta. / Inhabilitación especial para cargo público, profesión u oficio. / Suspensión de cargo público, profesión u oficio. / *Penas leves*. / Arresto menor. / Reprensión privada. / *Penas comunes a las dos clases anteriores* / Multa. / Caución. / *Penas accesorias* / Expulsión de extranjeros. / Interdicción civil. / Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Cierre de establecimientos”. Su escala gradual es la vigente en CP 1932 (art. 86, párr. 4º, PCP 1939).

249 Federico CASTEJÓN, “Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944”, *RGLJ* 177 (1944), p. 172.

250 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 810.

251 “Bases por la Comisión General de Codificación”, de febrero de 1939, en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 802-808, bases 15 y 16 (p. 803).

252 *Código Penal ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944*, autotitulado Texto refundido [CPTR 1944], art. 67. Previa-

acogidos a esta fórmula típica de la codificación bajo el régimen franquista²⁵³. Éste, ya en 28 de julio de 1936, con la proclamación del estado de guerra, traspasó precisamente a la jurisdicción de Guerra el conocimiento de abundantes contravenciones de un ordenamiento que los nuevos mandatarios acudieron a concordar –su tronco lo heredaban de la República– a fuerza de leyes especiales²⁵⁴. El *texto refundido* deja subsistentes las tres penas restrictivas de libertad que llegan hasta el Código de 1995: extrañamiento, confinamiento y destierro; entremedias quedan el texto *revisado* de 1963 y el nuevamente *refundido* en 1973, sin mudanza en las sanciones estudiadas²⁵⁵.

mente se había preparado el Proyecto de Ley (marzo de 1944) que reproduce LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 828-831.

253 Con los años, cobrarán vigor sucesivamente el *Código Penal*, *Texto Revisado*, de 1963 (“Decreto 168/1963, de 24 de enero, por el que se desarrolla la Ley número 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para una revisión del Código Penal y otras Leyes penales” [CPTR 1963], en *BOE* n^o 29, de 2-II-1963, pp. 1845-1851) y el *Código Penal*, *texto refundido conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971*, de 14 de septiembre de 1973 [CPTR 1973].

254 SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 251.

255 Arts. 27 CPTR 1944 (“Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General / *Penas graves*. / Muerte. / Reclusión mayor. / Reclusión menor. / Presidio mayor. / Prisión mayor. / Presidio menor. / Prisión menor. / Arresto mayor. / Extrañamiento. / Confinamiento. / Destierro. / Reprensión pública. / Pérdida de la nacionalidad española. / Inhabilitación absoluta. / Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. / Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. / *Penas leves* / Arresto menor. / Reprensión privada. / *Penas comunes* / Multa. / Caución. / *Penas accesorias* / Interdicción civil. / Privación del permiso de conducción. [Ley de 24 de abril de 1958] / Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”), CPTR 1963 (“Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente / Escala General / *Penas graves*. / Reclusión mayor. / Reclusión menor. / Presidio mayor. / Prisión mayor. / Presidio menor. / Prisión menor. / Arresto mayor. / Extrañamiento. / Confinamiento. / Destierro. / Reprensión pública. / Pérdida de la nacionalidad española. / Inhabilitación absoluta. / Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. / Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio. / Privación del permiso de conducción. [segunda de las comunes por Ley de 8 de abril de 1967] / *Penas leves* / Arresto menor. / Reprensión privada. / *Penas comunes* / Multa. / Caución. / *Penas accesorias* / Interdicción civil. / Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”) y CPTR 1973. La escala gradual permanece invariada (arts. 73, párr. 4^o, esc. gr. 3, CPTR 1944 y CPTR 1963, pero esc. gr. 2 en CPTR 1973).

7. El Código de 1995

Mayor novedad que los textos refundidos, aporta, siquiera *de lege ferenda*, cierto Anteproyecto de Bases de 1972²⁵⁶: la séptima *destierra* del catálogo de penas toda restricción a la libertad deambulatoria, relegando al de medidas de seguridad *la expulsión del territorio nacional* y sólo *el destierro de algún lugar o zona determinados*, sin ninguna de contenido *confinatorio*²⁵⁷. En defensa de su apuesta *realmente innovadora* y rupturista, aunque *de puro ensayo*, la exposición que presenta el Anteproyecto justifica el envío de tales mecanismos represivos de una escala a otra al tenor de la finalidad preventiva especial –defensista– de las medidas frente a la preventiva general –aflictiva– de los medios de punición²⁵⁸, lo que constituye bien rotundo posicionamiento en orden al concepto alcanzado por estas restricciones a la libertad. En desacuerdo Cerezo Mir con la inclusión de las restricciones de libertad en el catálogo de medidas de seguridad, recuerda a sus redactores que “para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito no sólo hay que atender [...] a su fin prevalente, sino también a su fundamento”, de suerte que “si la duración de la restricción de libertad y de la privación de derechos está en función de la gravedad del delito serán penas y si está en función de la peligrosidad del delincuente serán medidas de seguridad”²⁵⁹. Desechado sin mayor huella este anteproyecto, “no merecía mejor fortuna”²⁶⁰ –sentencia el profesor Landrove–.

Antes de llegar a la renovación penológica de 1995, la necesidad de una ordenación penal acorde con los tiempos era sentida unánimemente como impostergable, pero *ni por ésas* había de salir adelante el Proyecto de Código Penal de 1980, de tan adverso recibimiento político-doctrinal²⁶¹. Con todo, su

256 “Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal” [ABCP 1972], en *ADPCP* 25.3 (1972), pp. 721-762.

257 ABCP 1972, bases 7^a.5, p. 750 (“El catálogo de penas, distinguiendo las graves –que corresponden a los delitos– de las leves –que corresponden a las faltas– quedará reducido a las siguientes: / a) Penas graves: / Muerte. / Reclusión. / Prisión. / Arresto. / Multa, de 5000 pesetas en adelante. / b) Penas leves: / Arresto menor. / Multa, de hasta 5000 pesetas”) y 7^a.8 (medidas de seguridad).

258 “Exposición...” del ABCP 1972, pp. 735-736.

259 José CEREZO MIR, “Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal”, *ADPCP* 25/3 (1972), pp. 780-781.

260 LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, p. 69.

261 “Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, en *BOCGC*, de 17 de febrero de

sistema de penas de nuevo cuño –delineado por Gimbernat Ordeig– hubo de pasar en lo esencial al venidero Código como su parte más novedosa²⁶², con la recurrente tacha, esgrimida ahora por Rodríguez Devesa, del bidireccional trasvase entre las consecuencias jurídicas del delito²⁶³; sin adherirnos necesariamente a este dictamen, vamos a ver cómo el trasiego afecta de lleno a las restricciones de la libertad: extrañamiento, confinamiento y destierro se convierten en medidas de seguridad dentro del Proyecto de 1980, un trasvase que, para Rodríguez Devesa, “[...] corrobora la falta de criterios doctrinales claros para delimitar penas y medidas”, y así pasa a la Propuesta de 1983, al Borrador de 1990 y la Proyecto de 1992, con la expulsión de extranjeros prevista en todos ellos²⁶⁴.

La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 comenzó por erradicar toda restricción ambulatoria de su penalidad²⁶⁵, ni siquiera subsistente la categoría en los sustitutivos penales que acogerán los textos de los primeros noventa. Tan sólo las medidas de seguridad admiten las que veremos incorporarse al Código de 1995, de prohibición de residir o concurrir y de expulsión de extranjeros²⁶⁶, más un destierro de presencia en delitos contra las personas, su libertad, la indemnidad sexual, el honor y el patrimonio que se lleva intencionalmente al capítulo de medidas de seguridad²⁶⁷. Acaso revele cierta discordancia o inconsecuencia el que a la altura de 1985, una ley especial, el Código Penal Militar llamado a adaptar los principios constitucionales, admitiese confinamiento y destierro como postreras entre las penas principales, incluso tras las privaciones graves de derechos²⁶⁸: cuando todo

1980. Véanse, v. gr., LANDROVE DÍAZ, *Introducción...*, pp. 70-71; Gonzalo QUINTERO OLIVARES/ Francisco MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 15; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 149.

262 Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 667.

263 RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 149.

264 RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 917: *Propuesta 1983* (arts. 101 y 106), *Borrador 1990* (arts. 100 y 104) y *Proyecto 1992* (arts. 108 y 110).

265 Arts. 38 y 52 de la *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal*, de 1983 [PACP 1983].

266 Arts. 86.3.1^a y 4^a y 101b-d PACP 1983.

267 Art. 102 PACP 1983.

268 “Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar” [CPM 1985], en *Código Penal Militar y legislación complementaria*, pp. 59-132, art. 24: “Las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código son: / 1^o. Principales: / - Muerte, en tiempo de guerra. / -Prisión. / -Pérdida de empleo. / -Inhabilitación

anunciaba para estas penas una total y definitiva exclusión de las escalas, este corpus especial, sin precedente en la ley que derogaba y sustituía, incluye en su arsenal punitivo las dos más significadas. Inopinadamente, penetra todavía la contestada penalidad en el siglo XXI²⁶⁹.

Ya los preparatorios Anteproyecto y Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1992, quisieron romper con la política criminal más en tradición y abrían su reactividad frente al delito a penas y medidas de seguridad –éstas siempre, por lo tanto, postdelictuales–, con innovaciones de hondo calado. Distribuyen las penas en privativas de libertad, privativas de derechos, de multa y accesorias, ordenando en el segundo grupo una genérica *privación del derecho a residir en determinados lugares*, grave o menos grave en atención a la duración impuesta²⁷⁰. “Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad”; entre las últimas aparecen *la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares, la observancia de reglas de conducta previstas más adelante (junto a otras, obligación de residir en un lugar determinado, de nuevo la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y una ambigua prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas) y la expulsión de extranjeros del territorio nacional*²⁷¹. Están, además, en estos textos *in fieri* el destierro de presencia, las reglas de conducta aplicables a la suspensión condicionada de la ejecución de la pena o la expulsión de extranjeros como sustitución de penas de

definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar. / -Confinamiento. / -Destierro. / 2º. Accesorias: / -Pérdida de empleo. / -Suspensión de empleo. / -Deposición de empleo. / -Inhabilitación absoluta. / -Suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo. / -Suspensión de las actividades de la empresa, incautación o disolución de la misma. / -Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”. Son esos confinamiento y destierro penas tomadas –puede afirmarse que extemporáneamente– de la legislación penal general, el CPTR 1973, pues no estaba en el precedente *Código de Justicia Militar* [de 17 de julio de 1945], art. 209.

269 Léase a LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 87.

270 Arts. 30.2-3 y 36, tanto del *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial* [ACP 1992], como del “Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, de 23 de septiembre de 1992 [PCP 1992], en *BOCGC*, serie A, nº 102-1, de 23-IX-1992.

271 Arts. 94.1 y 94.3.1ª, 2ª y 5ª ACP 1992, con el 107.b-d para las *reglas de conducta previstas* y el 110. Arts. 95.1 y 95.3.1ª, 2ª y 5ª PCP 1992, con las reglas del 108.b-d más el 111.

prisión o al liberarlos condicionalmente²⁷², ya con la modulación que llega a nuestro Código Penal, el promulgado en 1995, y cuyo examen difiere hasta los apartados que se ocupan con especificidad de cada una de las penas, en donde, aun prescindible en un estudio histórico, sí completará de algún modo el panorama evolutivo.

Y es que dicho articulado en vigor pide clausurar esta ojeada al curso normativo de las penas restrictivas de la libertad por haber apurado su proceso desvanecedor del ordenamiento, mayoritariamente sentida la tacha de anacronismo²⁷³...; en él permanecía a la hora de su promulgación una *pena privativa de derechos* que lo era del de movilidad geográfica: *la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*, con la división, por su temporalidad, en grave o menos grave²⁷⁴; aparte, fuera de los preceptos enumerativos de las penas, reconoceremos subsistencias en las obligaciones o deberes ofrecidos al juzgador para los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena de prisión o en la sustitución de penas privativas de libertad impuestas a extranjeros *ilegales* por su expulsión del territorio español²⁷⁵. Pero aquella presencia principal no ha sido pacífica ni mucho menos: sendas reformas, de 1999 y 2003, han operado modificaciones en la escala penal con particularización sobre dicha sanción punitiva; en la primera coyuntura, le fue incorporado el siguiente añadido: *o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*²⁷⁶, al tiempo que volvía a segmentarse su duración para disponerla también como pena leve²⁷⁷; con la normación de 2003 esas dos cláusulas que por agregación habían entrado en la escala se disocian y pasan a ser enumeradas por separado, mas sin variar su literalidad²⁷⁸.

272 Arts. 53, 82.1.1^a y 2^a, 88 y 92.2 ACP 1992, con el 107.b-d para las *reglas de conducta previstas* y el 110. Arts. 53, 83.1.1^a y 2^a, 89 y 93.2 PCP 1992.

273 V. gr., Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito* [2005], p. 27.

274 Arts. 39.f y 33.2.g y 3.f CP 1995.

275 Arts. 83.1 y 89 CP 1995.

276 Arts. 39.f y 33.2.g y 3.f. CP 1995 con los cambios introducidos por la “Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *BOE* n^o 138, de 10-VI-1999, disp. 12907, pp. 22251-22253.

277 Art. 33.4.b.bis CP 1995 (L. O. 14/1999).

278 Art. 39.f-g y el 33.2.g-h, 3.f-g y 4 c-d CP 1995, de acuerdo con la redacción dada por la “Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Or-

El inventario de medidas de seguridad disponibles mantiene cierta continuidad respecto a la propuesta de 1992: como no privativas de libertad entraron *la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares, la expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España y las demás previstas*²⁷⁹ en artículo aparte que se ciñe a desmenuzar algo más la restricción geográfica de la medida general en la especie estudiada: *obligación de residir en un lugar determinado, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe y prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas*²⁸⁰. Asimismo, las reformas de 1999 y 2003 han retocado este otro término de la ecuación binarista: una había agregado, como para la penalidad, *la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*²⁸¹; la otra, conservando la expulsión de extranjeros, desenvuelve la genérica *prohibición de estancia y residencia* de 1995 en *la obligación de residir en un lugar determinado* –solamente punitiva en 1995–, *la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego y la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*²⁸², repertorio éste en alto grado paralelo o simétrico al de las penas, con lo cual la misma consecuencia jurídica del delito puede existir como producto de una culpabilidad o de una peligrosidad. Mayor relevancia alcanza a nuestros ojos la inclusión en el verano de 2010 de una *nueva* medida: *la libertad vigilada*, tan cuajada de resonancias a la obsoleta sujeción a la vigilancia de la autoridad, bien que beneficiada de los avances tecnológicos de nuestra era²⁸³.

gánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, en *BOE* n° 283, de 26-XI-2003, disp. 21538, pp. 41842-41875 (corrección de errores en *BOE* n° 65, de 16-III-2004, disp. 4772, p. 11556, y en *BOE* n° 80, de 2-IV-2004, disp. 5915, p. 14027).

279 Art. 96.3.1^a, 5^a y 6^a CP 1995.

280 Art. 105.1.b-d CP 1995.

281 Art. 105.1.g CP 1995 (L. O. 14/1999).

282 Arts. 96.3.2^a-5^a y 9^a y 105.1.b-d y g CP 1995 (L. O. 15/2003); la reforma acometida por la L. O. 15/2003 afecta de forma harto leve los términos de este precepto por lo que a este tipo de medidas concierne.

283 L. O. 5/2010, Preámbulo, IV, y apt. 22^o. Véase, v. gr., Gonzalo ESCOBAR MARULANDA, “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, en José Cid Moliné/Elena Larrauri Pijoan (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, pp. 197-224.

Tendida la mirada a lo largo del recorrido completado, en seis instrumentos penales es posible encontrar un fondo más o menos patente de restricción ambulatoria: son la deportación o relegación, el extrañamiento, su par –considérese pena o no– la expulsión de extranjeros, el confinamiento, el destierro y la sujeción a la vigilancia especial de la autoridad. La deportación apenas nacida en 1822 pronto se transforma en la relegación vigente de 1848 a 1828, cuando el Código primorriverista recobra aquel nombre para la pena que intenta recrear: otra vez apenas hay tiempo de ver resultados y su reminiscencia romana desaparece al fin. Conforme querían ya las Bases de 1911, el extrañamiento resulta apeado de la escala en 1928 (veremos cómo determinados sectores de la doctrina preconizaban que las penas habían de cumplirse en el propio país), y ya, muy desacreditado desde su recuperación en 1932, definitivamente en 1995. En el devenir del confinamiento lo que se aprecia es un punto de inflexión, de replanteamiento en torno al paso del siglo XIX al XX, con la búsqueda de refundiciones que pretenden subsumir en él una relegación progresivamente menos realizable, no sólo por el retraimiento colonial, sino por el mero desguace de sus postulados penológicos; así, requiere particular subrayado la ausencia de esta pena en los Proyectos de 1882, 1884, 1891 y 1902 o en el de bases de 1887, aunque sus alcances punitivos vienen subsumidos dentro de una relegación que cabe ejecutar en las islas adyacentes a la Península. La sujeción a vigilancia es sin duda la figura que mayor intervención caracterizadora ha conocido de parte del poder: desde pena hasta simple acción administrativa. De manera que sólo el destierro se mantuvo casi como intocable durante todo el ciclo codificador hasta la ordenación hoy vigente, aparte de que, en cierta forma metamorfoseado, subsiste su concepto en determinadas medidas de seguridad, de las más socorridas en la práctica forense actual. Punto por punto, tras haber amojonado el paso de estos correctivos por la historia jurídico-penal española, se requiere el análisis en detalle de la vida codificada de cada uno de ellos –con las indeclinables incursiones en su pasado bajo el Antiguo Régimen–, lo que permitirá comprobar la justeza de su inclusión en la categoría de penas propuesta y su azacaneado devenir dentro de ella.

IV LA DEPORTACIÓN Y LA RELEGACIÓN

1. Introducción

Si a lo largo del primer tercio del siglo XIX se conocen cuatro textos con pretensiones de Código penal o criminal, habiendo cubierto uno tan sólo por completo el proceso legislativo capaz de dotarle de vigor –y esto, con un vigor efímero, fugaz, perdido a los pocos meses–, habrá que convenir en que el Derecho penal de la centuria precedente, salvo tan reducido paréntesis como el de la vigencia de ese Código de 1822, señoreó ésta, por lo menos hasta la llegada –vía Proyecto de 1845– del corpus del 48. Mas, también, si hay que conceder, por un lado, a esa legislación penal del Antiguo Régimen la evidente primacía cuantitativa o temporal durante la época considerada, al igual cabe, por otro, asignar a la pujante codificación, otra relevancia de índole cualitativa, dimanante de la novedad y alcances de sus ciertas aportaciones en cuanto a contenido, a unos replanteamientos de fondo que más allá de los estructurales traía consigo. Entre su hechura clásica, de Antiguo Régimen (fuera ésta o no algo más que un recuerdo antiquísimo en una ley sólo antigua), y la continuidad codificadora desde 1848 hasta 1928, la deportación afronta durante el primer tercio del siglo XIX un turbulento intervalo que funciona como punto de inflexión en su evolución conceptual: entremedias hierven los estertores del ordenamiento absolutista, con las Leyes de las Partidas y las de Toro pautando teóricamente la deportación, un Código Penal, el primero, de conflictiva vigencia y más conflictiva aplicación, y algunos proyectos codificadores de la materia criminal sin más peso o relieve que su indiciario testimonio del desarrollo penológico-legislativo. Junto al innovador tratamiento de una naciente metódica legisladora que se acompaña de posicionamientos reformistas, se impone, por ende, la remisión a esas fuentes concretas de la penalidad deportatoria en el Derecho Común y Real, arriba repasadas de urgencia, toda vez que así regulada permanecerá, a despecho del incipiente impulso codificador, durante la mayor parte del tercio inicial del siglo XIX y hasta casi de su mitad¹. Tal seguía siendo, al menos sobre

¹ Véanse CLAVERO, “La idea...”, pp. 81-88; y Aniceto MASFERRER DOMINGO, *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, pp. 24, 71.

el papel, la conformación de la pena de referencia *en el año de gracia de 1800* que describe Pacheco, tal será sin solución de continuidad en el 1805 de la Novísima, tal hasta 1823, con la diferida y breve vigencia del Código promulgado el año anterior. A la postre, la misma regulación, ya más que anacrónica en 1800, parecía perpetuarse, a remolque del desquite absolutista bajo el fugazmente constitucional Fernando VII, hasta el Código de 1848: en el medio, los buenos propósitos de la trilogía de proyectos fallidos, como testimonio de la necesidad del régimen legitimista de adaptarse siquiera somera, formalmente a los tiempos...; más tarde –resaltado queda–, advino aún el rescate en 1836 de parte de la normativa trienal, pero no de su Código, es decir: todavía delitos y penas no tamizados por la Codificación². La novedosa sistemática, las concepciones delictuales, penales y procedimentales en principio asimismo nuevas no serán entendibles en su plena significación sino por compulsa con la regulación antecedente y ya vemos que por un tiempo alternativa. Luego, enfocado ya el venidero Derecho penal, trátese, por supuesto, de un Código inaplicado por su precaria vigencia, trátese de esos vestigios de fracasada positivación que son los tres proyectos nonatos subsiguientes, de todo ello podrá y deberá servirse un estudio como éste que, además de registrar las vicisitudes o tratamientos legales de la pena atendida, pretende indagar, sin presuponer continuidad, en la fase de metamorfosis que la lleva desde las Partidas tardomedievales hasta todos los Códigos decimonónicos –ya como deportación, ya como relegación– y aun hasta el de 1928, de estirpe y factura tan ajenas a sus predecesores³. Comprobaremos hasta qué punto la deportación se erige entre todo el grupo de penas de mera restricción ambulatoria como la más fértil en complejidades.

2. Ubicación en las escalas penales

Al detenerme tan obligada como someramente ante las antigüedades de la deportación, en cuanto origen de toda la gama de penas restrictivas sólo de la libertad de traslación, reconocí en las Partidas el eslabón que une, al menos

2 Que estos conflictos no pasaban desapercibidos para los protagonistas del logro codificador, conscientes de su propio mérito, puede comprobarse en *DSCCD* 1847-1848, t. III, n.º 82, ses. 14-III-1848, pp. 1774-1775. Véanse FIESTAS LOZA, “Algo más...”, p. 77; y ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ *et al.*, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, p. 639; cfr. nota III/51.

3 Bien conoció dicha ineludibilidad QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, p. 115.

terminológicamente, aquella penalidad arcaica con la que ahora va a comparecer ya en el corpus liberal de 1822; tras éste permanecerá dentro del ordenamiento español durante más de una centuria, pero mudando primero, en buena nomenclatura jurídica, su nombre en consonancia con la modalidad atenuada que entonces pasa a adoptarse: desde 1848 toma el de relegación, que mantienen los procesutivos textos de 1850 y 1870; mas, en su postrera admisión al sistema penológico precavido por el legislador, el Código Penal de 1928 vuelve a la denominación primigenia de deportación (ahora ya incorrecta desde una óptica clásica, por faltarle a la figura punitiva la perpetuidad, la muerte civil..., mas admisible a la vista del moderno debate alrededor de este mecanismo punitivo).

El incompleto muestrario de penas adoptado en la ley de las Partidas que viene a funcionar a modo de escala o tabla penal (“quántas maneras son de penas”) clasifica aquéllas en *penas mayores* y *penas menores*; ahí figuran, aun innombradas, la deportación como mayor –según sabremos, de la exclusiva incumbencia del rey o sus vicarios– y la relegación como menor –y atribución ya de jueces ordinarios–⁴. He dicho que no se nombran como tales porque para encontrar dichos castigos terminológicamente identificados habría que retornar, con designio integrador, de esta partida VII a la IV, como haremos al inquirir sus definiciones legales; de momento, los propios enunciados dentro de esa *protoescala* general de penas encierran ya el atisbo definitorio de la deportación, en un sentido liminarmente descriptivo, mas sin nominar: “quando destierran á alguno para siempre en alguna isla ó en algunt lugar cierto tomándole todos sus bienes” –la deportación *stricto sensu*–; le sigue, cerrando el repertorio de penas adjetivadas como *mayores*, el aherrojamiento o encarcelamiento, y, a ésta, una quinta, que “es quando destierran á algunt home por tiempo cierto en alguna isla ó para siempre, non le tomando sus bienes”, la cual, con las dos siguientes, la infamación y el castigo corporal, entra en un segundo muestrario: el de las penas *menores*⁵. Durante

4 *Partidas*, VII.31.4-5 y IV.18.5. Consúltense Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, p. 99; y LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media*, p. 581. En fin, conviene repasar el estudio de NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 75-82, 198-219.

5 *Partidas*, VII.31.4. Decláranse las implicaciones de tal asignación en IV.18.5 (“Quáles judgadores pueden dar juicio de pena de deportacion”) y VII.31.5 (“Quién puede mandar que den penas á los que las merecen”): por la primera, “non pertenesce nin es dado á todo juez de poner la pena de desterramiento que es llamada deportación, ante

más de cinco siglos esta escala medieval constituyó el referente teórico, sólo en la práctica declinante, y máxime con el abandono posterior de ciertos castigos y, en los siglos XVI y XVII, menos en el XVIII, el monopolizador recurso a las galeras⁶. Habrá que verificar si, como observa Dorado contemplando la deportación romana y de Derecho común, “todo lo anterior, sin embargo, [...] no merece, en rigor de verdad, ser considerado como deportación verdadera, en el sentido y con el carácter y finalidad con que se ha practicado y practica en varios Estados modernos, á comenzar desde el siglo XVIII, esto es, cuando se inaugura la deportación inglesa”⁷: esto acaso pueda verse hialinamente al desmenuzar los elementos concurrentes en la pena decimonónica.

Mantenida, de un modo u otro, la presencia de las Partidas en la vida jurídica del país por más de cinco siglos, al cabo, ensayaba el texto inaugural del proceso codificador patrio una tipología de sanciones punitivas que, proveniente del Derecho antiguo, había de finar con el propio Antiguo Régimen: penas corporales, no corporales y pecuniarias⁸. Es la deportación, dentro de la primera categoría, tercera en gravedad, ordenada entre la pena de trabajos perpetuos (la inmediata a la de muerte) y el *destierro ó estrañamiento perpetuo del territorio nacional*, con una consiguiente nota de gravosidad

son personas ciertas á quien conviene de dar tal sentencia como esta; et son estos, asi como emperador, ó rey ó sus vicarios que tienen sus logares especialmente, ó los que son llamados prefecto pretorio ó *praefectus urbis*, ó el senador de Roma: et si otro alguno la diere, non vale nin debe seer complida, fueras ende si la otorgare el príncipe, et él señalare logar do sea echado, ó alguno destes sobredichos que han ese mesmo poder. Mas la otra sentencia que es llamada relegacion puédela dar todo juez que ha poder de judgar los malhechores á muerte ó á perdimiento de miembro”; por la segunda, concordante, “ordinarios jueces son aquellos que han poder de judgar homes á muerte ó á perdimiento de miembro por yerro que hayan fecho: et estos atales pueden judgar á los homes por los yerros que ficieren, que reciban todas las otras maneras de penas que diximos en las leyes ante desta, fueras ende que non pueden echar de tierra nin desterrar á ninguno en alguna isla ó en otro lugar; ca tal pena como esta non pertenece á otro oficial de la mandar dar sinon al rey, ó á otro alguno que fuese vicario ó adelantado general por él señaladamente en toda su tierra”.

6 Véanse TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 84, 252, 358, 387 o 390; GACTO FERNÁNDEZ, “Aproximación...”, p. 522; Manuel SEGURA ORTEGA, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en Gregorio Peces-Barba Martínez/Eusebio Fernández García (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. I. Tránsito a la modernidad (siglos XVI y XVII)*, p. 470; etcétera. Cfr. IV/1136 y IV/1137.

7 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 763.

8 Cfr. nota III/41.

dimanante de su puesto en la escala y de la entidad de cuantos castigos la circundan: no hay más que ver que le siguen todas las meras privaciones de libertad⁹, y esto contando –conforme entraremos a analizar enseguida– con la notoria aspiración regimental a que el reo consiga reencauzar su vida en el punto de destino y cumplimiento¹⁰.

De 1830 ya quedó dicho que, admitiendo la deportación como uno de los mecanismos punitivos presentes en su *parte especial*, olvidaba registrarla dentro del precepto de la *general* enumerativo de aquéllos¹¹, aunque también es cierto que la exposición de motivos habla de *la confinación a Puerto Rico y Filipinas*¹², con indubitable referencia a la deportación. El renuevo de 1834 acierta a enmendar el *lapsus calami* y hace penas corporales la muerte, la argolla, los arsenales, minas, deportación y obras públicas, el extrañamiento, el confinamiento en castillo, fortaleza o isla¹³... En 1831, Sainz de Andino sí la llevó, con el enunciado de *deportación a las Islas de Asia o América*, a su muy nutrido listado *de las diferentes clases de penas* aparejadas a los *delitos enormes*: muerte, presenciar en el suplicio su ejecución, trabajos violentos y perpetuos, encierro solitario y perpetuo, la de referencia, los trabajos públicos temporales en los arsenales y presidios, la exposición a la vergüenza pública, la confinación en los presidios de África, la reclusión en una casa de corrección, etcétera, con un orden que parece gobernarse por criterios no estrictamente de gravedad¹⁴: en éste como en los dos proyectos que lo flanquean se percibe un intento más bien consignoratorio, desentendido con evidencia del rigor valorativo que requiere toda escala penal, artificio al que se supone

9 Art. 28 CP 1822: “A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. *Penas corporales*. Primera. La de muerte. Segunda. La de trabajos perpetuos. Tercera. La de deportacion. Cuarta. La de destierro ó estrañamiento perpetuo del territorio español. Quinta. La de obras públicas. Sesta. La de presidio. Sétima. La de reclusion en una casa de trabajo. Octava. La de ver ejecutar una sentencia de muerte. Novena. La de prison en una fortaleza. Décima. La de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado. *Penas no corporales* [...]. *Penas pecuniarias* [...]”. Se corresponde con el previo número 29 PCP 1821.

10 Cfr. apartados IV.4.A.b y IV.4.B.f.

11 Váyase al art. 6º PCC 1830; cfr. notas III/61 a III/63.

12 “Exposición de la Junta firmada el 16 de julio de 1834 elevando el Proyecto”, en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. V, p. 139.

13 Art. 45 PCC 1834; cfr. nota III/73.

14 Art. 36 PCC 1831.

cierta gradación de mayor a menor gravedad (*con cierto orden*, va a decir Pacheco¹⁵) en la sensibilidad del legislador y, a su través, de la sociedad, haciendo abstracción, cuando las hubiere, de posteriores pautas técnicas para la determinación de la pena superior o inferior *in concreto*. El ya indicado Reglamento para la Administración de Justicia de 1835 aporta la certeza, en su enumeración de las penas corporales, del desuso de la deportación en la época: allí sólo aparecen, “[...] además de la capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, arsenales, presidio, obras públicas, destierro del reino, prisión ó reclusión por mas de seis meses”¹⁶. Desde luego, no había quedado la deportación como una de esas recurrencias posibles al anulado Código durante la recidiva del Antiguo Régimen que la *Ominosa Década* supone...

La *relegación perpetua* dispuesta por las *Bases del Código Penal aprobadas por la Comisión General de Codificación* sobre Código Penal en marzo de 1844¹⁷ halló acomodo en el Anteproyecto a la postre resultante como una de las penas afflictivas, la octava, entre la de reclusión dentro de la Península y la de extrañamiento¹⁸, admitiendo más tarde, durante el desarrollo de estos trabajos, otra *relegación temporal* cuya ubicación a lo largo de la escala no llega a precisarse¹⁹. Tal clasificación de penas introduce substanciales cambios en la terminología, arrumbando la geométrica construcción del Derecho romano: en él cabía una deportación a perpetuidad junto a una relegación limitada en el tiempo; ahora, una y otra reciben el título de relegación, con impropiedad reproducida, en este aspecto, por el definitivo texto de 1848²⁰. Ya en estos balbuceos aproximativos a lo que resultaría ser Código positivo se observa que la *artística* maquinaria de las escalas graduales ha ganado el ánimo de los codificadores. Como bien advertía Pacheco, la escala general abarca todas las penas *con cierto orden*, aunque simplemente como

15 Cfr. nota IV/21.

16 RPAJ 1835, art. 11, párr. 1º; Antonio PUGA Y ARAUJO, *Código penal ó sea recopilación de cuantos delitos y penas comprenden las leyes, reales decretos, reales órdenes y mas resoluciones generales expedidas desde 1º de octubre de 1832, en que por separación del ministerio «Calomarde» dió principio un cambio en el sistema gubernativo, hasta la actualidad*, pp. 161-162.

17 En LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 261.

18 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45).

19 ACGCP, ses. 16-IV-1845, a. 9, p. 678.

20 Véanse GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 173; VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 356.

en resumen, sin descender a su graduación²¹. En efecto, otra cosa es la conocida como *parte artística* del Código Penal, aquélla que se ocupa de determinar la pena mediante su individualización legal a base de la ordenación de las distintas penas en escalas y su división interna por grados²². En tres secciones se distribuyen las penas de cara a determinar y aplicar la superior o la inferior: una, para las penas privativas de libertad; otra, para las restricciones a este mismo bien (ésta y la anterior comparten encabezamiento y cierre en sus sucesivos grados: la muerte²³ y la multa); una última sección, en fin, con las interdicciones de derechos. En la segunda forma, pues, la relegación, concedida aún como perpetua, ya que a esas alturas no se había decidido todavía la inclusión de una modalidad temporal²⁴.

Con disonancia léxica que viene –ya se ha indicado– de las labores codificadoras iniciadas en 1844, en el segundo de los códigos penales hispanos pasa a hablarse de una *relegación perpetua* –cuarta de las penas afflictivas, posterior a la *reclusión* y anterior al *extrañamiento* asimismo perpetuos– y de otra *relegación temporal* –octava y circundada por aquellas mismas penas en su versión temporánea–²⁵. Integradas en un capítulo “De la aplicación de las penas”, afluye al nuevo Código, con radical legalismo²⁶, el cartesiano artificio de las llamadas escalas graduales para la determinación judicial, a indicación de la ley, de la pena inferior o superior²⁷: se forman ya cuatro escalas con aquellos medios punitivos disponibles en la escala general, los cuales forman grados dentro de cada una; la tercera es la que agrupa ahora los castigos enderezados a restringir la libertad de desplazamiento o residencia. La homogeneidad en los castigos debe regir dentro de cada escala –discurre Pacheco– y, en concreto, “la idea de alejar, de echar de un punto al sentenciado, la idea de perder aquellos lugares donde hemos nacido, donde vivíamos, hasta que llamábamos patria es la idea dominante en esta serie. Todas las modificaciones del delito serán castigadas con modificaciones de la propia pena”, cuya “[...] analogía es notoria con delitos que sólo pueden cometerse

21 PACHECO, *El Código...*, p. 323.

22 Léase la justificación de PACHECO, *El Código...*, pp. 416-417.

23 Demos fe de la discrepancia de un vocal, Domingo María Vila, *contra la pena de muerte puesta en la segunda Sección* (ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 596).

24 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595 (art. 117).

25 Art. 24 CP 1848, apenas modificado en 1850 y no en este punto.

26 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 119.

27 Léase la explicación de Ramiro RUEDA NEIRA, *Parte artística del Código Penal vigente; estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*, pp. 18-20.

en ciertos lugares”²⁸. Con tales premisas de uniformidad y decrecimiento en la gravedad, la relegación perpetua ocupa el primer grado en su gama, seguida del extrañamiento de igual determinación; se ordena luego la relegación temporal, como tercer grado, y a su zaga el extrañamiento también por tiempo cierto, para luego ir disminuyendo más la intensidad a través de confinamientos, destierro, sujeción a vigilancia²⁹...

El Proyecto de Reforma de 1869 no hace sino repetir la escala general vigente³⁰, pero sí introduce cambios en las graduales para aplicación de la pena inferior o superior: de la tercera hace dos, casi duplicadas, pues sólo se diferencian en que la nueva tercera aparece encabezada por ambas relegaciones y la resultante cuarta por ambos extrañamientos, y siguen después tanto en la una como en la otra los confinamientos, el destierro, la sujeción a la vigilancia³¹... El corpus de 1870 continúa incorporando una relegación, en sus dos variantes, perpetua y temporal, sin que los retoques en la escala general afecten a la presencia y posición de esta pena en ella³². No ocurre así en las escalas específicamente dirigidas a la aplicación de las penas, en donde las novedades se acumulan. Las escalas graduales para la búsqueda de pena superior o inferior han soportado notables retoques, los sugeridos por el Proyecto de *parte general* de 1869: ahora suman seis y las restricciones a la libertad ambulatoria se reparten entre la tercera y la cuarta, entendido como analógico el alejamiento del lugar en que se ha turbado el orden público o social³³; relegación perpetua y temporal se sitúan en aquélla como primera y segunda penas, a las que escoltan, por orden gradual, el confinamiento, el destierro, la represión y la caución³⁴: “[...] del modo que estaban ántes, eran insosteni-

28 PACHECO, *El Código...*, pp. 417-419. Véase GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 108.

29 Art. 79 CP 1848 y CP 1850. “En los casos en que la ley señala una pena superior á otra determinada, sin designar especialmente la que se deba imponer, si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva [...], se impondrá la de cadena perpetua” (el art. 80 CP 1848 y CP 1850 en ambos textos indica la pena que deba considerarse superior a la relegación perpetua que aquí, escala número 3º, es primera).

30 Art. 24 PRCP 1869.

31 Art. 79 PRCP 1869.

32 Art. 26 CP 1870.

33 Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española* [1877], t. III, p. 138.

34 Art. 92, párr. 4º, CP 1870.

bles, porque enlazaban penas que no podían estarlo sin graves inconvenientes. Así sucedía en la escala tercera, en que se colocaban como penas graduales la relegación perpétua, el extrañamiento perpétuo, la relegación temporal y el extrañamiento temporal, mezcla que con solo enunciarla está juzgada” –sentencian La Serna y Montalbán–, “pues que sobre ser distinta la índole de la penalidad en las relegaciones y en los extrañamientos, daba por resultado que se considerara la relegación temporal como pena de ménos rigor y sufrimiento que la de extrañamiento perpétuo”³⁵; ya, en virtud de tal reajuste, las dos modalidades extrañatorias han pasado a encabezar la cuarta escala, con las mismas cuatro subsiguientes penas que la tercera. Por fin, “en los casos en que la ley señala una pena superior á otra determinada, sin designar especialmente cuál sea [...]”, se considerará como inmediatamente superior, “si fuere la de relegación perpétua, la de reclusión perpétua”³⁶ (la cadena perpetua en la regulación precedente³⁷); La Serna y Montalbán o Rueda Neira reprueban que, faltando a la lógica –hecha analogía en su dogma–, se acuda a diferente escala en busca de ese acrecentamiento del castigo³⁸.

No se ve modificado en el Proyecto *Bugallal* de 1880 el nivel de la relegación, porque nada quiso tocar la pretendida reforma en la vigente escala general, pero tampoco en las otras escalas para aplicación de las penas³⁹ (excepto que por la pena superior no designada se entenderá la propia relegación perpetua con el beneficio del indulto retrasado hasta los cuarenta años⁴⁰). Lo propio cabe predicar de los Códigos promulgados para Ultramar, el caribeño de 1879⁴¹ y el filipino de 1884⁴², plegados al corpus ordinario, con la sola variante en ambos de su readmisión de la vigilancia penal. Parece que el legislador se sentía ya satisfecho del sistema modelado. En cambio, el Código carlista, guiado con preponderancia por el patrón de 1850, ajusta las propias escalas a las de éste⁴³.

35 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 137.

36 Art. 94.2^a CP 1870.

37 El art. 80 CP 1848 y CP 1850 en ambos textos indica la pena que deba considerarse superior a la relegación perpetua que aquí, escala número 3^o, es primera.

38 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 141; RUEDA NEIRA, *Parte artística...*, pp. 31-32.

39 Arts. 26, 87.1^a y 90 PRCP 1880.

40 Art. 92 PRCP 1880.

41 Arts. 24, 87.1^a, 90 y 92.2^o CPCPR 1879.

42 Arts. 25, 88.1^a, 91 y 93.2^a CPF 1884.

43 Arts. 24, 72, párr. 2^o, 75 y 76 CPC 1875. Véase GÓMEZ DE MAYA, “El Código...”, pp. 119-120.

No más que una *relegación temporal* preveía el Proyecto de Código de 1882, cuarta pena afflictiva que escoltan la reclusión y el extrañamiento asimismo temporales⁴⁴. Escalas graduales, forma una con las privaciones de libertad; otra con las restricciones, de dos grados: uno, conjunto, *relegación y extrañamiento*, el otro, *destierro*; y dos escalas más de inhabilitaciones⁴⁵, integrándose con una subgradación regida por tramos de tiempo⁴⁶, “[...] con la cual se facilita, además, la aplicación de la ley, pero despojándola de mecanismos y artificios que en nada contribuían a su eficacia represiva, ligando, por el contrario, la conciencia del juez a pautas tan reducidas, que su misión augusta se convertiría en arte mecánico”⁴⁷.

Examen aparte merece el Proyecto *Silvela* de 1884, que simplifica también, con el designio de racionalizarla, la escala en vigor: ya de la categorización extrae la clase de comunes, pero fuera del precepto coloca la figura que denomina *consecuencia del delito o complemento de pena*⁴⁸. Mas, ciñéndonos a la relegación, tiene por quinta pena afflictiva la *relegación perpétua ó temporal*, así, conjuntadas, y –lo más novedoso– ordenadas tras el extrañamiento perpétuo ó temporal, que jamás había estado por encima en ninguna escala; como tampoco resulta común que las penas subsiguientes sean las inhabilitaciones absoluta y especial⁴⁹. En sus innovadoras escalas graduales, las restricciones a la libertad locomotiva se acogen a la segunda y en ella se congloban a su cabecera el extrañamiento y la relegación, con siete grados comunes para entrambas en atención a la temporalidad, de los cuales la dura-

44 Art. 32 PCP 1882 (aflictivas lo son, con este orden, la muerte, la reclusión perpetua, la reclusión temporal, la relegación temporal, el extrañamiento temporal y la inhabilitación perpetua; hay, luego, correccionales, la *inhabilitación* afflictiva o correccional, la *cárcel* leve, la *multa* afflictiva, correccional o leve, una pena especial de imprenta y las accesorias).

45 Art. 87 PCP 1882.

46 Pero relegación y extrañamiento, no así el destierro, se quedan fuera de la *tabla demostrativa* que sigue al art. 89 PCP 1882.

47 *DSCS*, n^o 79, 11 de abril de 1882, apd. 1^o, p. 5.

48 Arts. 39 y 40 PCP 1884.

49 Art. 39 PCP 1884, el cual, como penas afflictivas, propuso éstas: “Muerte. / Reclusión perpétua ó temporal. / Presidio. / Extrañamiento perpétuo ó temporal. / Relegación perpétua ó temporal. / Inhabilitación absoluta perpétua ó por más de seis años. / Inhabilitación especial perpétua ó por más de seis años. / Multa que exceda de 2500 pesetas”.

ción perpetua no es más que el primero; les siguen los grados del destierro⁵⁰. Para poder comprender tan desusado sistema, alleguemos unas reglas sobre el modo de graduar las penas:

Cuando la pena determinada sea de extrañamiento, las penas superiores serán siempre de extrañamiento, y las inferiores de extrañamiento ó destierro; y cuando la determinada sea de relegacion, las superiores serán siempre de relegacion, y las inferiores de relegacion ó destierro; de manera que para buscar la pena superior ó inferior nunca se pasará del extrañamiento á la relegacion ó viceversa⁵¹.

Parecida a 1884 es la opción que, en el Proyecto de Código de 1902, pone Bernaldo de Quirós: una relegación perpetua y otra temporal, sin admitir el confinamiento como tal, siendo las primeras penas de restricción de libertad, consecutivas a las de privación, tan sólo acompañadas en cuanto tales por el destierro; después, van la multa, las inhabilitaciones y la interdicción civil; dentro de este cuadro, la relegación en sus dos formas durativas pertenece a las penas *aflictivas o graves*, pervivencia léxica ésta a todas luces *inapropiada y poco armónica* con el sistema científico desenvuelto⁵².

El Código Penal español para el Protectorado de Marruecos, tenido por vástago del Proyecto de 1884 en muchos de sus puntos, desconoce la pena de relegación, pero sin siquiera reasumirla como confinamiento —que hubiera sido la contraria solución a la escogida por los Silvela—, ya que tampoco este correctivo accede a su escala de clasificación penológica, reduciéndose, entonces, el número de castigos que sólo restringen la libertad al extrañamiento y al destierro, más esa sujeción a vigilancia que —ahora sí a la estela del citado Proyecto— se etiqueta *como consecuencia del delito o como complemento de la pena*⁵³.

En 1920, el vocal de la Comisión de codificación Quintiliano Saldaña, insigne juriconsulto, ensaya su propio Proyecto *científico*⁵⁴, en el cual divide la penalidad en penas de privación de libertad, con dos modalidades: la de *prisión o encierro*, en la que ubica la *deportación colonial* (entre las

50 Art. 44 PCP 1884.

51 Art. 87, párr. 2º, PCP 1884.

52 Art. 35 PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 53; y art. 36 (*ibidem*, p. 512), respecto al cual se pronuncia NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 512-513.

53 Revisense los arts. 29 y 31.4º CPPM 1914.

54 Véase SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 15-17.

otras dos, prisión y arresto), y la de *expulsión*, más las penas de privación de derechos y las pecuniarias⁵⁵. En la presentación de este boceto de articulado, por el contrario, había sentado que “para nosotros no existen sino dos formas esenciales de pena de la libertad: el encierro o prisión (reclusión, presidio, prisión, confinamiento, arresto), y la expulsión (relegación y destierro)”⁵⁶. Su proyecto de ley de bases para un Código, de 1921, por el contrario, carece de deportación o relegación, a cambio de un confinamiento que bien pudiera incluir las restricciones ultramarinas a la libertad⁵⁷.

El Proyecto de Código Penal remitido a la Asamblea Nacional por el gobierno el 23 de noviembre de 1927 ya había planteado la simplificada batería de penas que pasaría al Código subsiguiente: muerte, reclusión, prisión, deportación, confinamiento, destierro, inhabilitaciones, arresto y multa⁵⁸. Curiosamente, en la presentación de tal Proyecto afirma el ministro, que lo era Galo Ponte: “se dejan subsistentes el destierro y el confinamiento y se establece la deportación”⁵⁹, como queriendo romper su consanguinidad con la relegación del viejo Código de 1870 que iba a reemplazarse. Por supuesto, queda esta deportación configurada como pena grave en todo caso⁶⁰. Prescinde este Código de escalas graduales, indicador consectorio de lo que acaso constituya su más innovadora apuesta: el arbitrio judicial⁶¹.

Desde 1932 la relegación o la deportación faltan de todas las escalas⁶². Cabe, pues, calificar de extravagancia legislativa el pretendido rescate de la relegación por el Anteproyecto de Código falangista a las alturas de 1938 y, sin embargo, ahí está, entre las graves de su escala general de penas: muerte, cadena, reclusión, presidio, prisión, encarcelamiento, relegación, extraña-

55 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 104 (art. 57 ACP 1920).

56 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 101.

57 PLB 1921, b. 16.

58 Arts. 90 PCP 1927 y 87 CP 1928.

59 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 11. Lo mismo, LUIS SAN MARTÍN LOSADA, *El Código Penal de 1928: su estudio y comparación con el de 1870*, p. 82.

60 Art. 89 CP 1928 (“se considerarán penas graves, además de la muerte, aquellas cuya duración sea superior á seis años [...]”), en conexión con el 108, párr. 3º, CP 1928 (en cuya virtud durará “la deportación, de seis á treinta años”), la propia regulación que ya estaba en el texto embrionario (arts. 92 con 112, párr. 3º, PCP 1927).

61 SAN MARTÍN LOSADA, *El Código...*, pp. 45-46.

62 Arts. 27 CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973; por descontado, art. 33 CP 1995.

miento, confinamiento, destierro, pérdida de la nacionalidad...⁶³; contra toda economía político-criminal, venía a engolfarse de nuevo el tan recusado medio punitivo en la prolijidad penológica que tanto estaba costando depurar.

Si deportación y relegación se presentan ya desde las Partidas encuadradas entre las penas *mayores*, en su primer acceso a Código serán, desde luego, penalidad *corporal*, permaneciendo entre los más graves medios punitivos de la escala, siempre solamente detrás del castigo capital o los trabajos de por vida, no siempre de la reclusión a perpetuidad. Notada su ausencia de la tabla de penas que ordena en 1835 el Reglamento de la Administración de Justicia, comprobamos que como *aflictiva* la recibe el Código de 1848, con reproducido orden tras la cadena y la reclusión, entre las penas perpetuas o las temporales, según se trate. No constituyendo éste uno de los aspectos en que se quiebra la continuidad en 1870, después sólo cabe buscar singularidades entre los proyectos que a su sombra van surgiendo, siendo la más llamativa el trastoque ordinal del Proyecto *Silvela*, que antepone el extrañamiento a la relegación en su escala. Por último, en 1928 la deportación, pese a su posible latitud temporal –hasta treinta años–, queda por primera vez situada en la escala penal por debajo, no sólo de la reclusión, sino también de la simple prisión, bien que sin llegar a perder su consideración de pena grave. El tratamiento similar en el Anteproyecto de 1938 confirma un cierto cambio de sensibilidad respecto a la interrelación de esta penalidad con las de encierro, pero en nada afecta –antes lo reafirma pese a todo– su estatus de pena grave sin reservas.

3. Definiciones legales

De este punto liminar de la definición y delimitación terminológica se ha ocupado Dorado Montero con erudita extensión⁶⁴, abriendo ante nuestra atención el profuso catálogo de posibilidades respecto al entendimiento de la pena de deportación –la de arquitectura más problemática y controvertida entre los correctivos penales de restricción de la libertad deambulatoria–, lo cual no permite sino concluir con el avisado expositor que por deportación se ha entendido en cada época y nación algo diferente, a menudo contraviniendo alguna de las notas o características que se venían estimando en lo precedente

63 Art. 27 AFCP 1938.

64 DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 757-794.

como esenciales de la sanción⁶⁵. El propio Dorado deambula por la anfibológica suerte del vocablo, que abraza lo mismo la pena articulada en nuestros Códigos Penales de 1822 a 1928 como, entre otros, el único sentido en que se mantiene dentro del vigente corpus de 1995, el de traslado o éxodo forzoso de población de un Estado a otro, conceptualizado como delito *de lesa humanidad, contra la comunidad internacional*⁶⁶.

Quizá convenga ahora, en trance de considerar en qué medida ha sido aplicada la deportación, hacer hueco a unas imprescindibles notas terminológicas que versen acerca del problema semántico en el que con frecuencia viene envuelta. “Si vamos á ver, no sabemos concretamente lo que se comprende bajo la palabra deportación. Igual los autores que las legislaciones se comportan aquí de la manera más diversa”⁶⁷ –tiene advertido Dorado Montero–, una fluctuación léxica perceptible ya en el mundo jurídico romano, ni nueva ni privativa de la punición contemporánea⁶⁸. Sin embargo, mientras discurre uno por las veredas de la legislación, en tanto se cuenta con el báculo de la *Gaceta* o del *Boletín*, el pie se va echando sin demasiado temor a trompicones o enfangamientos y, al modo en que el género novelístico encontró en Cela aquella otra definición: “novela es todo aquello que, editado en forma de libro, admite debajo del título, y entre paréntesis, la palabra *novela*”⁶⁹, deportación –como toda institución jurídica– es, en última instancia, aquello a lo que la norma le va dando diacrónicamente nombre de tal; podremos conferenciar en torno a la eventualidad de que la deportación llegue a solaparse según su

65 DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 758-759.

66 Art. 607 bis.2.4º CP 1995; véase Javier ESPIAGO, *Migraciones exteriores*, p. 18. En la historiografía, para esta *deportación de conquista*, pueden ponerse los ejemplos, v. gr., de SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 127; Antonio GARCÍA Y BELLIDO, *España y los españoles hace dos mil años según la ‘Geografía’ de Strábon*, pp. 58-59; Jean-René AYMES, *Los españoles en Francia (1808-1814): la deportación bajo el Primer Imperio*, pp. 155-174; VILAR, *La España...*, p. 40; Benito BERMEJO/Sandra CHECA, *Libro memorial: españoles deportados a los campos nazis (1940-1945)*, pp. 16-23.

67 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 758. Casi con indignación obvia entrar en el asunto, que la detendría en su inyectiva contra la pena, Concepción ARENAL, “Informe presentado en el Congreso Penitenciario Internacional de San Petersburgo”, *Obras completas*, t. XIV, p. 175; léase, asimismo, a Pedro ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas Marianas ó al golfo de Guinea?*, p. 63.

68 TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 711.

69 Camilo José CELA, “Mrs. Caldweel habla con su hijo”, *Obras completas*, t. V, p. 578.

contenido y sus efectos con el presidio, los arsenales, el confinamiento o el servicio de armas, a si se toma como referencia una deportación puramente eliminatoria o la colonizadora al estilo inglés o francés, pero sólo cuando la ley diga *deportación* –o un sustituto recibido con las mismas calidades, cual la relegación de 1870– habrá en rigor deportación. Esto sentado, celebremos que, con todas las variantes detectables, la pena enfocada siga en España una línea legal bastante definida y homogénea, desde el Código de 1822 hasta el de 1928 incluso, que nos exonera de sumergirnos en el fárrago conceptual de la deportación según el Derecho comparado, casi sólo uniforme en el nombre, a veces ni esto⁷⁰.

La deportación viene a combinar una serie de menoscabos en la libertad presentes en las otras penas restrictivas de ella (o, por mejor decir, acaso desgajados de la propia deportación para conformar menos gravosas penas) y precisamente comparte con el extrañamiento su contenido de alejamiento de la patria, si en un sentido lato entendemos ésta en su aspecto emocional, no político-jurídico, cuando aparta al reo de la metropolitana península; o, si se quiere, puede verse como un destierro desmesurado, en extensión y lejanía, que toma toda aquélla por territorio vedado; y, además, se resuelve en una especie de confinamiento en el lugar de destino y cumplimiento. Ha de sumarse, en su construcción moderna, un componente ocupacional de varia intensidad según cada Código, que parece acercarla –y, por decreto o *de facto*, ha sido alguna vez viciada en este sentido por irregulares o perversas aplicaciones– a las penas de privación de libertad con un sentido utilitario. Desde la perspectiva omnicompresiva de Dorado, atenta a la multiplicidad de legislaciones internacionales,

[...] no es posible dar de la deportación sino una idea bastante general é indeterminada, diciendo que es el alejamiento del territorio metropolitano (tierra contenida en los límites nacionales) de un Estado, de ciertos elementos que dentro del mismo se consideran particularmente peligrosos. Puede añadirse que generalmente (no siempre) este alejamiento lo es á territorios ultramarinos, por lo general isleños y por lo regular pertenecientes al Estado deportador, ya con obligación de residencia confinada, ya no, con trabajos forzosos ó sin ellos, perpetua ó temporalmente, para colonizar ó no... / La deportación suele imponerse como pena, pero tampoco esto le es esencial; puede imponerse como simple medida administrativa y de policía ó seguridad⁷¹.

70 DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 758-759 (baste el paradigma galo entre los numerosos que aporta el catedrático salmanticense).

71 DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 759-760.

Empero, según ya he indicado, el penalista salmantino está contemplando la multiplicidad de ordenamientos europeos de que se muestra erudito conocedor. Cuando reduzcamos el ángulo visual hasta el solo Derecho patrio, comprobaremos que la deportación o relegación, desde 1822 hasta 1928, presenta una fisonomía más o menos continua, atravesada por viejísimas adherencias, como la muerte civil en aquel Código del Trienio o como la no *contaminación* del utilitarismo laboral o colonizador que fundamentaba y presidía el régimen deportatorio en la mayor parte del Derecho comparado. La deportación decimonónica de los Códigos españoles no proviene directamente de la Antigüedad, pero tampoco es *moderna*; ahora bien, si se precisa un dictamen, su espíritu, en cuanto atento sin más a la innocuización, tiende un ancho puente entre ella misma, la codificada en España, y ésa otra del Derecho romano y común.

Se ha expuesto que las Partidas tenían al apuntar el proceso codificador la mera consideración de Derecho supletorio, conforme regía secularmente desde la Ley I del Título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá⁷², con su orden de prelación de fuentes mantenido en la Ley I de Toro⁷³, en la Nueva Recopilación⁷⁴ y en la Novísima⁷⁵; sin embargo, cualquier estudio de la penalidad absolutista, sobre la que ha de triunfar el nuevo espíritu penal, conviene acometerlo por el corpus alfonsino, en atención a su faceta *científica*, cabe la puramente legislativa (de *verdadera enciclopedia jurídica* ha sido calificado⁷⁶): precisamente, en ese detenimiento sobre cuestiones teóricas generales se cifra en gran medida su excelencia jurídica. Así, en la ley IV del título XXXI de la séptima partida (“Quántas maneras son de penas”), se inserta un catálogo punitivo (genuino abanderado de una práctica que la Codificación tendrá por suya⁷⁷) en el cual queda registrada, tras las penas de muerte y mutilación y la de servidumbre, como tercera, la inverecunda *deportatio* romana; como quinta, la *relegatio*⁷⁸. A aquellas innominadas variedades punitivas

72 *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*, XXVIII.1, pp. 70-73.

73 “Leyes de Toro” (en *CECA*, t. VI), I.

74 RLR, II.1.3.

75 NRLE, III.2.3. Véanse MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico...*, pp. 50-55 y GACTO FERNÁNDEZ *et al.*, *El Derecho histórico...*, p. 324-327.

76 GACTO FERNÁNDEZ *et al.*, *El Derecho histórico...*, p. 321.

77 Arts. 28 CP 1822, 24 CP 1848 y CP 1850, 26 CP 1870, 87 CP 1928, 27 CP 1932 y CP 1944, 33 CP 1995.

78 Consúltese Enrique GACTO, “Los principios penales de las Partidas”, *Rudimentos Legales* 3 (2001), pp. 21-42.

tercera y quinta de la escala contenida en la partida VII⁷⁹ se refiere la IV como *deportacion* y *relegacion* respectivamente⁸⁰, con toda propiedad científico-terminológica, pero además con mayor expresión de sus contenidos, puesto que, a la confiscación de bienes y la divergente asignación competencial, como elemento diferenciador entre ambas instituciones penológicas agrega la contundente muerte civil:

Civil muerte es dicha una manera que hi ha de pena, [...] quando destierran alguno para siempre, et le envian á alguna isla ó á algunt otro lugar cierto onde nunca salga, et le toman demas todos sus bienes: et este atal es llamado en latin *deportatus*⁸¹.

Relegatus en latin tanto quiere decir en romance como home condepnado et otorgado á pena por algunt mal fecho que fizo, á quien mandan que vaya morar á algunt lugar para siempre ó para tiempo cierto, mas non le tuellen los bienes que ha [...], porque como quier que es juzgado á esta pena, non es muerto civilmente, asi como deximos de los otros⁸².

A partir de aquel concepto que recalca en el *ius commune*, tenemos que dar un salto de varias centurias hasta reencontrar de algún modo descrita la deportación en un texto legal, el Código de 1822, en cuyo sistema es pena legalmente prevista con extensión descriptiva y apreciable recurrencia⁸³, mas ni aquella va a ahorrar problemas a la hora de analizarla ni ésta se pudo acompañar, al imponerse judicialmente, de una pauta práctica en su aplicación que resuelva ahora las dudas, según parece esperable de la corta vigencia del texto liberal. De atender a las más extensivas cronologías propuestas, se comprende que un período circunscrito a cinco meses como máximo⁸⁴ no pudo ser bastante para la organización ejecutora de una sanción lastrada además por la nota de lejanía geográfica en su cumplimiento, y no han de valer ahora conjeturas en la línea de presentir cierta pervivencia del Código constitucional durante la *Década absolutista* en virtud del arbitrio judicial⁸⁵, por cuanto que ha sido la deportación señaladamente pena necesitada, en su última configuración moderna, del concurso fáctico de una estructura orgánica

79 *Partidas*, VII.31.4.

80 *Partidas*, IV.18.2-5.

81 *Partidas*, IV.18.2.

82 *Partidas*, IV.18.3.

83 Cfr. notas IV/971 a IV/1005.

84 Véanse CASABÓ RUIZ, “La aplicación...”, p. 343; FIESTAS LOZA, “Algo más...”, p. 71.

85 Véase ANTÓN ONECA, “Historia...”, p. 275

administrativa, de la provisión de medios materiales para su ordenación, desenvolvimiento y control, mas, coincidiendo en ello con las penas carcelarias, estaba desprovista de la infraestructura, mejor o peor, de que ya disponían éstas; tales carencias propiciaron uno de los más objetivos reparos opuestos al Proyecto de Código⁸⁶. Sea como fuere, habrá en primer término que examinarla en la literalidad del Código, donde puede leerse:

El reo condenado á deportacion será conducido a una isla ó posesion remota, de donde no pueda fugarse, y permanecerá en ella para siempre. El deportado será destinado en su deportacion á los trabajos ú ocupaciones que su gefe disponga, conforme á los reglamentos respectivos; pero podrá en los casos y términos de los artículos 144, 146, 147, 148 y 149 obtener en la isla ó posesion algunos ó todos los derechos civiles, y los empleos y cargos que el Gobierno quiera conferirle⁸⁷.

Sin desaprovechar la oportunidad de prestigiar a expensas del Derecho secularmente autóctono una pena *harto conocida entre nosotros, porque nuestras leyes de Partida imponen tambien la de deportacion en una isla*⁸⁸, así configuraron los liberales españoles la deportación en su Código, sobre el presupuesto de que, en palabras del ponente Calatrava, “la comision cree que es una de las penas más útiles si lográramos formar un buen establecimiento de deportacion”, atreviéndose el brillante orador a apuntar las islas Marianas como concebible localización, “[...] pero esto ya conocerán las Córtes que pende del Gobierno, á cuyo celo debe dejarse la ejecucion”⁸⁹. No hubo tiempo ni

86 Cfr. notas IV/144, IV/145, IV/637, IV/1150 y IV/1243.

87 Art. 50 CP 1822. El embrión de este precepto, su correspondiente art. 51 PCP 1821, hacía conducir al deportado á una isla ó colonia remota: esta última, la colonia, acabó renombrada, en el Código, como *posesión*; y ahora las disposiciones del jefe vendrán explícitamente sometidas á los reglamentos respectivos, particularidad no proyectada. El texto de 1821 postulábase, en consecuencia, bajo este tenor: “El reo condenado á deportacion será conducido á una isla ó colonia remota de donde no pueda fugarse, y permanecerá en ella para siempre. / El deportado será destinado en su deportacion á los trabajos ú ocupaciones que su jefe disponga; pero podrá en los casos y términos de los artículos 147, 149, 150, 151 y 152 obtener en la isla ó colonia algunos ó todos los derechos civiles y los empleos y cargos que el Gobierno quiera conferirle”.

88 DSC 1821-1822, t. II, n^o 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336.

89 DSC 1821-1822, t. II, n^o 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336. Cfr. nota IV/224. Acerca de las condiciones físicas de las Marianas en orden a la deportación, atiéndase a ARENAL, *Las colonias...*, pp. 90-93; ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, pp. 54-55, 58; o FRANCISCO LASTRES Y JUIZ, *La colonización penitenciaria de las Marianas y Fernando*

lugar... La deportación aparece por vez primera en el articulado del Proyecto que emana la Junta codificadora de 1829 al tratar de la pena de argolla (de la que sólo se explica que “no excederá de cuatro horas”), para precisar que ésta irá siempre unida a aquélla⁹⁰; y, como cierre de su enunciado teórico:

La deportación se entenderá siempre con destino a obras públicas u otros servicios de piedad o utilidad común que los reos puedan hacer en las islas⁹¹.

Con tan escasos datos se hace confuso inferir la naturaleza que la comisión pensó dar a esta pena y, más todavía, el desenvolvimiento ejecutivo-gubernamental y la interpretación jurisprudencial que en lo sucesivo, de haber cobrado vigor, podrían habersele dispensado: por lo pronto, los trabajos y ocupaciones que el jefe dispusiera reglamentariamente bajo el Código de 1822 se han convertido ahora en *obras públicas u otros servicios de piedad o utilidad común*. En la siguiente sazón, varios preceptos se consagran a llenar de substancia punitiva la deportación en el Proyecto llamado de Sainz de Andino, de 1831, el primero de ellos con exclusividad, y añadiéndose la regulación de aquellos aspectos ejecutivos que en esencia van a conformarla:

La deportación será siempre por la vida del reo y con destino a las Islas españolas del Asia o de América.

Los que sean condenados a esta pena serán conducidos, aseguradas sus personas, a la Isla que se designe en la sentencia y puestos a disposición del primer Jefe civil de ellas, bajo cuya vigilancia estarán en el lugar que les señale para su residencia, ocupándose necesariamente en algún oficio o modo de vivir análogo a su capacidad física y moral⁹².

Merece reseñarse esa acertada explicitación de una perpetuidad que en 1830 se había dado por sentada y sabida (más cuidadoso, por descontado, el texto de 1822 no olvidó decir que el reo “permanecerá en ella [la *isla ó posesion remota*] para siempre”); luego, la especificación sobre la ocupación del reo parece la más benévola entre todas las ensayadas: ese *algún oficio o modo de vivir análogo a su capacidad física y moral* ofrece en principio la más amplia libertad al reo con miras a proyectar, a organizar su nueva

Póo, pp. 40-47. Véase, en fin, Amancio LANDÍN CARRASCO, *Islario español del Pacífico*, *passim*.

90 Art. 70 PCC 1830; e irá asimismo unida la argolla a la pena de *obras públicas, confinamiento a castillo o fortaleza*, preterido el insular (*ibidem*).

91 Art. 71 PCC 1830.

92 Art. 50 PCC 1831.

vida en el sitio de deportación; acto seguido, pero ya en compañía de otras penas, carga la deportación –acaso como palmaria evidencia de ese influjo inspirador debido al Código de 1822 que detectaba Casabó⁹³– con la muerte civil, con la infamia, con la vergüenza pública, con la confiscación. Luego, habiendo formado la llamada Tercera Junta “[...] su código sobre los principios del proyecto presentado por la primera, que reconoció justo, ordenado, claro y luminoso”⁹⁴, con fidelidad literal reproduce en él la descripción que de la pena formulaba éste de 1830, lo cual para en volver a *las obras públicas u otros servicios de piedad o utilidad común* en cuanto al régimen de vida y trabajo⁹⁵.

El Anteproyecto que cabe designar como de Seijas Lozano, el de 1845, despliega una relegación que –recordémoslo– “[...] será perpetua”⁹⁶ con arreglo al patrón de sus bases reguladoras, mas luego admitirá otra variante temporal en el curso de las sesiones preparatorias; ello entendido, antes de tal enmienda de las bases de actuación⁹⁷, la pena de referencia venía ideada bajo los siguientes parámetros:

La relegación se sufrirá permaneciendo el sentenciado perpetuamente en una isla de las de nuestras colonias, que señalará el Gobierno, previo informe del tribunal sentenciador.

El penado estará sujeto a una estrecha vigilancia de la autoridad civil, para lo que se darán las órdenes oportunas⁹⁸.

La pena de relegación, sea perpetua, sea temporal, será al cabo la heredera en el Código de 1848 de la antecedente deportación: junto al cambio terminológico se ve afectada la extensión temporal prevista; en cuanto a la extrapeninsularidad, nada innova, y mantiene la controlada flexibilidad con que Sainz de Andino había entendido el punto de la ocupación laboral, diversa de aquella *autocrática* disposición –conforme al Código *trienal*– por parte del jefe de la plaza:

93 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCC 1831], pp. 3-4.

94 “Exposición de la Junta...”, p. 390.

95 De suerte que el art. 94 PCC 1834 vino a coincidir por entero con el 71 PCC 1830.

96 BCP 1844, b. 2^a.

97 Toca este punto el diputado Fernández Baeza al deliberar en el Congreso sobre la aprobación (DSCCD 1847-1848, t. III, n^o 80, ses. 11-III-1848, p. 1734).

98 En ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64).

Las penas de relegacion perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, á su profesion ú oficio dentro del radio á que se extiendan los límites del establecimiento penal⁹⁹.

No se cuenta este precepto entre los reformados por la versión de 1850 del Código, en donde conserva numeración y tenor¹⁰⁰. Todavía en el nuevo corpus penal de 1870 se mantiene el enunciado descriptivo de 1848¹⁰¹: las variantes habrá que buscarlas, a veces sin fruto, en los proyectos y Códigos especiales coexistentes. De los textos articulados que jalonan en lo penal el último cuarto del siglo, se atienen al ejemplar de 1848 tanto el Código *de don Carlos*¹⁰² como el Proyecto de 1880¹⁰³. Los de ámbito colonial, por su ingénito condicionamiento territorial (tan concerniente, pues, a la médula de este tipo de penas), deben dar entrada a adaptaciones *ad hoc*:

Las penas de relegacion perpetua y temporal se cumplirán fuera de las Islas de Cuba y Puerto-Rico en los puntos destinados para ello por el Gobierno¹⁰⁴.

Las penas de relegación perpetua y temporal se cumplirán en la Península ó en las islas Filipinas, en los puntos para ello destinados por el Gobierno¹⁰⁵.

No son, bien se advierte, equivalentes una y otra solución, pues en la filipina quizá se haya encajado una quiebra de esa remotidad que está en la idea o identidad de esta pena: lo veremos. Entremedias de ambas y en la Península, el ministro Alonso Martínez lleva al Senado un Proyecto con una

99 Art. 102 CP 1848.

100 Art. 102 CP 1850: “Las penas de relegacion perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno. / Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, á su profesion ú oficio dentro del radio á que se extiendan los límites del establecimiento penal”. Por igual, el 102 PRCP 1869.

101 En el CP 1870 se acoge al guarismo 111: “Las penas de relegacion perpétua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno. / Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, á su profesion ú oficio, dentro del rádio á que se extiendan los límites del establecimiento penal”.

102 Art. 98 CPC 1875.

103 Art. 108 PRCP 1880.

104 Art. 109 CPCPR 1879.

105 Art. 110 CPF 1884.

relegación ya preceptivamente temporal y, fiel a su declarada voluntad innovadora, introduce una leve variación, operante sólo sobre el primer párrafo contenido en la misma descripción codificada de atrás, pero sus consecuencias serán radicales, según analizaré en breve:

La pena de relegacion se cumplirá en Ultramar, en Canarias ó en Baleares, en los puntos para ello destinados por el Gobierno¹⁰⁶.

Bien así, el Proyecto de 1884, salvo en su recuperación de la perpetuidad, da por buena la novedad en la relegación de absorber el confinamiento, de tal modo que

La pena de relegacion, perpetua ó temporal, se cumplirá en Ultramar, en Canarias ó en las Baleares, en los puntos para ello destinados por el Gobierno¹⁰⁷.

Bernaldo de Quirós en el conocido por Proyecto *Montilla* presenta la relegación en un precepto terminológicamente bien curioso, porque emplea la voz *deportado* como sinónima de *relegado*, mezcla sólo exhibida en el terreno doctrinal; por lo demás, aparte la siempre fluctuante designación genérica de destinos, el precepto es en substancia el tradicional:

La pena de relegación perpetua ó temporal se cumplirá en la costa de Africa ó en las Islas Canarias ó Baleares en los puntos que para ello designe el Gobierno.

Los deportados podrán dedicarse libremente bajo la vigilancia de la autoridad á su profesión ú oficio, dentro del radio que se les señale¹⁰⁸.

Saldaña, en su didáctico bosquejo de proyecto, ahonda en esa refundición de conceptos penológicos que hasta entonces andaban deslindados todavía en la ley positiva:

Las penas de deportación (relegación, confinamiento), determinada e indeterminada, se cumplirán en las *Colonias o en islas adyacentes*, en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

Los deportados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, a su profesión u oficio, dentro del radio a que se extiendan los límites del establecimiento penal.

106 Art. 99 PCP 1882.

107 Art. 55 PCP 1884.

108 Art. 54, párrs. 1º y 2º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571.

Los *menos peligrosos* serán conducidos a un pueblo o distrito situado en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad¹⁰⁹.

Sólo aquí, y no en el elenco enumerativo *De las clases de penas*, comprendemos que la deportación es en Saldaña pena que engloba las dos de relegación y confinamiento, pero ya sin un deslinde tajante, apenas insinuado: aquélla puede cumplirse *en las Colonias o en islas adyacentes* y ésta, para los *menos peligrosos* de los deportados, *en las islas Baleares o Canarias*, esto es adyacentes; queda, pues, un tipo punitivo único constituyente de *las penas de deportación*, con idénticos contenidos y accidentes –por ende, con una sola regulación legal– una vez puesto el sujeto en el punto de ejecución que le toque. El Código de 1928 vuelve al vocablo *deportación* (repárese en que estas variaciones en el utillaje lexical se hallan desprovistas ya, merced a la progresiva renovación jurídica decimonónica, de aquel reflejo que, en las iusromanistas Partidas, tenían sobre el contenido punitivo¹¹⁰), con el significado de que:

El condenado a deportación será conducido a las posesiones españolas del África Occidental o lugares que el gobierno designe, fuera del territorio de la Península e islas adyacentes, donde permanecerá en libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad, dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establezcan¹¹¹.

Ha vuelto a sacar o ha mantenido fuera –pues no llegó a entrar, sólo se había planteado– la relegación o deportación del entorno peninsular. Sin embargo, el proceso de acercamiento y reconversión de este castigo penal en otra cosa queda apuntado y su prosecución no ha de tardar en tener un reflejo en las escalas codificadas. La sustitución de este corpus punitivo por el de la Segunda República, de 1932, marca el ocaso definitivo de la deportación o la relegación en España, quedando ya como simple vestigio subsistente esa posibilidad de señalamiento de las islas Baleares o Canarias al confinado para el cumplimiento de su condena, posibilidad expresa que, procedente del Código de 1848¹¹², en

109 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60 ACP 1920).

110 Cfr. notas IV/81 y IV/82. Había puesto en solfa la ya mistificada nomenclatura ARENAL, “Informe... de San Petersburgo”, p. 175.

111 Art. 175 CP 1928 y 190 PCP 1927.

112 Art. 107 CP 1848. El de 1822, en el correspondiente precepto, número 72, tan sólo prevenía *pueblo o distrito determinado*, reservando la referencia insular, genérica, únicamente para deportación.

el de 1870 fue exclusiva¹¹³, para retomar esa primera alternatividad en los textos de 1928, que añade el Norte de África¹¹⁴, de 1932¹¹⁵ y de 1944¹¹⁶. Esta confluencia de la deportación con el confinamiento, al menos en cuanto al paraje isleño de cumplimiento y a la finalidad perseguida a la luz de la política criminal, plantea una sugestiva cuestión penológica en la cual a su debido momento, con Luis Jiménez de Asúa como juez y parte, habré de detenerme. No obstante, todavía restaba otra aparición articulada de la relegación, ya tan excéntrica: el Anteproyecto de la Falange, Hermanándola con el confinamiento, sólo permite conjeturar que, pena de contenido unívoco, va a ser relegación cuando se cumpla en el África española y confinamiento de hacerse en tierra peninsular, quedando dudoso el concepto que las Canarias habrían de tener...

Los sentenciados a relegación y confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la Península o en las Islas Baleares o Canarias o en los Territorios de África, en el cual permanecerán en completa libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad¹¹⁷.

Y no, no parece ser así, porque en otro precepto, de colonialista espíritu, lo que se da a entender es que se trata de dos penas sinonímicas, absolutamente iguales en contenido –y ahora debe anticiparse que sólo por su extensión temporal las separa este corpus–:

Las penas de toda clase impuestas a reos de buena conducta y casados que delinquen por primera vez y por motivo no deshonoroso, son convertibles a voluntad del reo, en relegación o confinamiento en los territorios del África Central, por doble duración de la pena impuesta, con mínimo de dos años, siempre que el reo vaya acompañado de su familia y cumpla las demás condiciones que se le señalen por el Tribunal¹¹⁸.

En el preámbulo del Anteproyecto se defiende esta *conversión de la pena* como el medio con que *principalmente* “la ley tiende la mano y favorece ampliamente al reo que quiera regenerarse”¹¹⁹. La deportación o relegación hispana, al menos la positiva en la ley, pero casi siempre también la sólo proyectada, responde a un propósito político-criminal innocuizador, no

113 Art. 116 CP 1870.

114 Arts. 176 CP 1928 y 191 PCP 1927.

115 Art. 90 CP 1932.

116 Art. 87 CP 1944.

117 Art. 82, párr. 1º, AFCP 1938.

118 Art. 81, párr. 2º, AFCP 1938.

119 “Preámbulo” del AFCP 1938, p. 46.

utilitario, indubitable y notorio en las descripciones que los Códigos hacen de la ejecución requerida por estas penas: en esto comulga con los objetivos de las Partidas. Cúmplese, por supuesto, en Ultramar, pero la exigencia ocupacional, cuando existe, aparece muy atenuada, apenas como indicador conductual en 1822 o 1831, y ya desde 1848 no sino como un derecho reconocido a dedicarse libremente a su profesión u oficio bajo la vigilancia de la autoridad. Únicamente en algún proyecto de Código o por vía reglamentaria se intentó dar entrada en el ordenamiento a la colonización penal, sin carácter constitutivo, sin convencimiento ni éxito. La última elaboración normativa, el corpus penal de 1928, remite todo este aspecto, tan medular dentro del contenido punitivo, a lo que los reglamentos establezcan.

4. Contenido punitivo

A] Contenido esencial

Liminarmente, conviene dejar sentado que en la deportación precodificada, la de raigambre romanista y autorización en las Partidas, el contenido esencial venía restringido a las ideas de confinamiento remoto y muerte civil, asimilándose algunas veces con el extrañamiento o desterramiento perpetuo, según podemos entender leyendo, por ejemplo, el *Diccionario histórico y forense* (1779) de Cornejo¹²⁰: así sucede cuando se desatiende –a pesar de la indubitada disociación doctrinal de estas penas– el componente particularmente confinatorio y se carga todo el peso categórico sobre la pura idea de alejamiento, algo bastante concebible en un mundo tan diferente del nuestro en su subjetivismo geográfico y sus transportes como el precontemporáneo. Conviene, pues, partir de la clasificación concebida por Bernaldo de Quirós: es “pena de libertad que participa de las de naturaleza centrífuga y centrípeta, pues, por una parte, aleja del territorio nacional y, por otra, sujeta en el país colonial en que se cumple á determinadas condiciones de residencia y reglamento”¹²¹. En otras palabras, de Saldaña, “es *eliminativa*, o de expulsión nacional, por el territorio. Es *limitativa* de la libertad material, por la forma”¹²²: ahí se cifra

120 ANDRÉS CORNEJO, *Diccionario histórico, y forense del Derecho real de España*, pp. 217-218.

121 CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, “Relegación”, en *EJE*, t. XXVII, p. 194.

122 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 305.

lo más esencial de su contenido, tanto como para concluir Dorado, contemplando cuanto histórica e internacionalmente se ha metido bajo el nombre de deportación, que, con amplia perspectiva, “esta restricción es indefectible en toda deportación, y puede decirse, de otro lado, que constituye su única nota constitutiva”¹²³.

a) La confinación remota

A la manera en que el gramático Nebrija, cumplimentando a su reina, halló y sacó “[...] por conclusion mui cierta que siempre la lengua fue compañera del imperio”¹²⁴, bien podremos nosotros enunciar que ese imperio –las colonias– ha sido siempre compañero de la deportación... Si en la Castilla del siglo XIII se hacía difícil disponer de los medios precisos para su ejecución¹²⁵, las posesiones ultramarinas se anexarían abundantemente en poco más de dos siglos y, entonces,

Mandamos, que cada i quando que alguna, ò algunas personas, assi varones, como mugeres de nuestros Reinos ovieren cometido, i cometieren qualquier delito, ò delitos, porque merezcan, i devan ser desterrados, segun Derecho, i Leyes de nuestro Reinos, para alguna Isla, ò para labrar, ò servir algunos metales, que à los tales las nuestras Justicias los destierren, que vayan à servir à la Isla Española, en las cosas que el nuestro Almirante les dixere, `o mandare por el tiempo que avian de estàr en la dicha Isla, i labor de metales; i asimismo todas las otras personas que fueren culpantes en delito, que no merezcan pena de muerte, siendo tales los delitos, que justamente les puedan dâr destino para las dichas Islas, segun la qualidad de los delitos, los condenen à destierro para la dicha Isla Española, para estàr allí; ì que hagan lo que por el dicho Almirante les fuere mandado, por el tiempo que à los dichos Jueces paresciere [...]”¹²⁶.

La disposición es de los Reyes Católicos, el año 1497: itan tempranamente se hacían patentes las posibilidades penitenciarias de Ultramar¹²⁷,

123 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 761.

124 Antonio de NEBRIJA, *Gramática de la lengua castellana*, p. 3.

125 Trata este impedimento DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 763.

126 RLR, VIII.24.1 (dada en Medina del Campo, a 22 de junio de 1497).

127 Imposible ir más atrás en la búsqueda del precedente: LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, p. 26, CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 805, o HORACIO ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, p. 17, recogen, del *Cedulario de Ramírez*, el destierro *in metallum* de presidiarios de Sevilla y Cádiz para el servicio de Colón en la isla Española.

por más que quedasen en *contados e infructuosos ensayos*¹²⁸... De fijo, las Indias son todo un *nuevo mundo*: ¿podría llamarse a esto deportación en el sentido antiguo?; indudablemente, comporta uno de los términos del binomio, un destierro, una remotidad, pero ¿y la confinación? Trae la acotación de Tomás y Valiente respecto a ese destierro *in metallum* dos observaciones del mayor relieve: que *técnicamente se trata de un confinamiento* –lo cual, unido al apartamiento o *destierro* metropolitano, dará en deportación– *de cuya aplicación práctica no tengo noticia*¹²⁹... Aunque todo viniese a abonar el recurso a la política penal colonizadora, a la hora de la verdad –se percata Puig Peña–, “[...] por diversas circunstancias, singularmente por la notable emigración libre de los españoles y por la dedicación de los penados a graves penas de trabajos forzados, como la servidumbre en las galeras, parece que no tuvo incremento la colonización penal en los territorios conquistados”; si acaso, “solamente encontramos una corriente colonizadora de puro desembarazo en los países anexionados del norte de África, singularmente en Orán y Ceuta, adonde se llevaron gran número de delincuentes a los que se había conmutado la pena de muerte”¹³⁰. Tan parco uso de un procedimiento penitenciario-colonizador al que los portugueses en Brasil y los ingleses en Norteamérica estaban dando todo el impulso posible habla de las muy disímiles concepciones de estas dos políticas en cada caso¹³¹. Por lo demás, habiendo contemplado la deportación en su más vetusta mimesis hispana, la de las Partidas con su modelo romano, actualizada aquélla al hilo de la Historia, hay que consignar un acondicionamiento peculiar que tendrá, llegado el siglo XIX, su reflejo en el ordenamiento codificado: se trata de algunas leyes de Indias inauguradoras de una suerte de deportación a la inversa, *contra-metropolitana*¹³²:

Si hubiere algun Caballero, ó persona tal, que convenga extrañar de las Indias, y presentarse ante Nos, puédalo ejecutar el Gobernador, y déle los autos cerrados y sellados,

128 La evaluación es ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 17. Sí que comenta BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 37, una condena de destierro perpetuo a las Indias en la Vasconia de 1513, conmutando la apelada pena capital.

129 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 381.

130 FEDERICO PUIG PEÑA, “Colonización penal”, en *NEJ*, t. IV, pp. 418, 420.

131 ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 17.

132 Ya en el ámbito romano, “este medio penal no pudo ser aplicado sin modificaciones por los tribunales de fuera de Roma, y cuando lo aplicaban, la correspondiente provincia hacía las veces de Italia con respecto á los tribunales de la ciudad de Roma” (MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 414).

y por otra via nos envie copia, para que seamos informado, y esta resolucion no sea sin muy gran causa¹³³.

Si á los Vireyes pareciere, que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y nuestro desterrar de aquellos Reynos, y remitir á estos algunas personas, las hagan salir luego, habiendo procedido judicialmente, y nos remitan la causa fulminada, para que Nos veamos si tuvieron bastantes motivos para esta resolucion¹³⁴.

Los Vireyes y Justicias Reales manden ejecutar lo dispuesto por derecho, en casos de que los Seculares sean culpados en motines y trayciones, y por evadirse del castigo se hicieren Clérigos, ó entraren en Religion, quedándose en la tierra (sin embargo de haberse entrado en Religion los que ántes estuvieren procesados) y si no estuvieren procesados ántes, y el escándalo y daño que hicieren fuere notable, encarguen á sus Prelados que los castiguen, y sean echados de la tierra, enviándolos á estos Reynos registrados y con sus causas¹³⁵.

Es un segundo género de deportación bajo el Antiguo Régimen, a lo que parece de mayor aplicación que el general de la legislación alfonsina¹³⁶. Otro admitido en la legislación indiana es el destierro a las Filipinas:

Á los que van condenados por delitos á las Filipinas, dan licencia los Gobernadores de aquellas Islas para que se vuelvan; y porque con esta causa andan muchos forajidos ocultos de los Jueces que los desterraron: mandamos á los Gobernadores, que por ningun caso les den licencia para que vuelvan á Nueva España, ni vayan al Perú durante el tiempo de su destierro; y si fuere la condenación de Galeras, ú otros servicios, la hagan cumplir¹³⁷.

133 RLRI, VII.8.18 (fecha en Ocaña, a 25 de enero de 1531). Obsérvese, v. gr., un uso de esta potestad en José de PELLICER, *Avisos históricos*, p. 99.

134 RLRI, III.3.61 (en Aranjuez, a 30 de noviembre de 1568), con VII.8.20. Véase AYALA, *Diccionario...*, t. V, pp. 156-157, y t. VI, pp. 132-133.

135 RLRI, I.12.10 (a 17 de febrero de 1575). Además, se reconoce la potestad expulsiva de los prelados: “Rogamos y encargamos á los Arzobispos y Obispos de nuestras Indias, que siendo avisados por los Vireyes, ó Presidentes, que en sus Diócesis hay algunos Clérigos sediciosos, alborotadores y de mala vida y exemplo, y que conviene que no estén en la tierra, los castiguen, y con su parecer los echen de ella, sin otro respeto que el que se debe al bien comun” (RLRI, I.12.9); “item mandamos á todas nuestras Reales Justicias, que si los Prelados Eclesiásticos quisieren echar de sus Obispados algunos Clérigos exêntos de su jurisdiccion ordinaria, no se lo impidan” (RLRI, I.12.11). Véase en SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política...*, t. III, pp. 419-431 (IV.27, en toda su extensión, especialmente pp. 422-423 [IV.27.9]) lo referente a las facultades de mera *gubernacion política*.

136 Cfr. nota IV/1133.

137 RLRI, VII.8.21 (en Aranjuez, a 29 de abril de 1603). Véase AYALA, *Diccionario...*, t. V, p. 157.

Esto último sólo será si fuere tal la condenación –privativa de la libertad, entonces–, como que también podría consistir en la simple confinación remota, combinación de pena centrífuga y centrípeta, sin trabajos forzados, en libertad meramente *restringida*, que cabría tratar de deportación a tenor de lo expresado por la norma; no falta la ley que, en consonancia con la política peninsular, manda devolver a Europa a los galeotes licenciados en territorio americano¹³⁸. Pero cerremos el exordio, repujado en antecedentes que sólo con vacilaciones podrán identificarse con la deportación moderna, la que nos vino de Europa, al menos como moda, para insuflar nueva vida a los referentes normativos que acá se habían conservado en la memoria de los juristas por intermediación de las Partidas¹³⁹, en definitiva los de una deportación estrictamente eliminatoria que no se dejó sustituir por la colonizadora de nuevo cuño. De momento, ambas responden al primer elemento separado conceptualmente: la confinación remota, en *lugar cierto*, que por tradición hácese insular¹⁴⁰, como ápice del *aislamiento* eliminatorio en que se quiere poner al deportado. Se pasa así adelante hasta alcanzar el período codificador, ante el cual, con todo, debe conservarse, de ordinario, ese modelo romano-alfonsí en este punto, toda vez que la confinación, al dotar de contenido el emplazamiento del deportado en su destino, se adorna con el mismo rasgo de la extrapeninsularidad –*insulae vinculum*–, entendida como concreción del alejamiento de la metrópoli pero sin exceder, como ya en Roma¹⁴¹, los límites de la soberanía. Ahora bien, de entrada preciso es remarcar lo elástico de dicho elemento: isla, colonia, posesión *remota*..., tanto da en este caso el sustantivo, porque lo verdaderamente relevante resulta ser su calificativo: la ubicación *remota*, distante, apartada del círculo social del reo¹⁴², de ahí la intercambiabilidad, según necesidades penológicas, entre la metrópoli y sus colonias en cuanto procedencia y destino de los condenados.

Por eso, el punto de envío prescrito por la ley, que suele *pensar* en clave metropolitana, va modificándose terminológicamente, va evolucionando al paso que la realidad política del *imperio*; hagamos memoria: en 1821, el Proyecto propuso *una isla ó colonia remota*, que el Código obtenido entendió

138 RLRI, VIII.8.13. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 965.

139 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 763.

140 NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 45-49, 67-74.

141 Véanse MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 411-412, 415-416; DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 763; ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 716.

142 Ilústrese con el pasaje de VILAR, *La España...*, p. 250.

más ajustado llamar *isla o posesion remota*¹⁴³: sabido es que Calatrava, ante “[...] la dificultad de establecimientos de castigo, por no ser fácil realizar la deportación”¹⁴⁴, apuntó las islas Marianas como paraje en donde podría formarse un *establecimiento útil de esta clase*¹⁴⁵. Es nota la extrapeninsularidad que la deportación no comparte con ninguna otra pena: “los reos condenados á trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento mas inmediato de esta clase”¹⁴⁶, “los reos sentenciados á obras públicas serán inmediatamente conducidos á los establecimientos de esta clase”¹⁴⁷ y sólo a los penados con presidio, que “[...] serán conducidos inmediatamente al que se designe en la sentencia”¹⁴⁸, a pesar de que no se diga, les puede estar reservado un destino extrapeninsular, pero carente éste de remotidad, retraído a una adyacencia

143 Arts. 51 y 50 PCP 1821 y CP 1822, respectivamente; la comisión defendió que cuando “[...] en el artículo se habla de colonias, [...] aunque en el día no las tengamos, podrá convenir más adelante establecer alguna” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390), insistiéndose en que “[...] entre nosotros no hay colonias, ni esta voz tiene aplicacion. Por consiguiente, me parece que quedaria el artículo más exacto diciendo que el reo condenado á deportacion será conducido á una isla remota, de donde no pueda fugarse, etc.”; acabó por ceder Calatrava: “[...] si hoy no tenemos colonias podremos tenerlas mañana, y no conviene prefijar que sea conducido el deportado precisamente á una isla, porque podrá ser útil el poner estos establecimientos en colonias si las hubiese. Sin embargo, si se quiere que en vez de ‘colonia’ se diga ‘posesion’, no habrá reparo por parte de la comision”, y, con esto, “declaróse el punto suficientemente discutido, y fue aprobada esta pena, sustituyéndose la palabra ‘posesion’ á la de ‘colonia’” (*ibidem*, p. 1391). Por otro lado, pretendía el art. 57 del PCP 1821 que “no habrá presidios sino fuera de la Península”, pero este inciso se borró en el precepto correspondiente, el 56 del final CP 1822; de su entrada en el debate da fe el *DSC*, *ibidem*, p. 1398: se propuso que se suspendiese dicha parte del artículo “[...] porque la comision encargada de formar los reglamentos para las casas de correccion y presidios correccionales estaba ocupándose de este particular; y habiendo convenido en ello la comision del Código penal, se aprobó el artículo suspendiéndose la cláusula expresada”; y así hubo de quedar y valer el presidio.

144 *DSC 1821-1822*, t. II, nº 60, ses. 23-XI-1821, p. 922. Es objeción en la cual, antes que varios diputados, incidieron numerosos informantes (LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 76).

145 *DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390; cfr. asimismo la nota IV/89, con la primera sugerencia al respecto, más la IV/224.

146 Art. 47 CP 1822, (art. 48 de las “Variaciones que en el proyecto de Código penal propone la comision que lo ha formado”, en *DSC 1821-1822*, t. I, nº 38 [apd.], ses. 1-XI-1821, p. 552).

147 Arts. 55 CP 1822 y 56 PCP 1821.

148 Arts. 57 CP 1822 y 59 PCP 1821.

asentada en las plazas o enclaves españoles del África rifeña¹⁴⁹. Allende la objetiva permanencia del condenado dentro de los dominios de su Estado nacional, puede denotar ésa que he llamado remotidad extrapeninsular cierto aspecto de alejamiento de la patria en el sentido de que “esta pena de deportación es tan grave que priva al hombre condenado á sufrirla, no solo de los derechos civiles, sino del mayor bien, el más apreciable para todo hombre, cual es el de dejar su Pátria, el suelo nativo, y cuanto hay más dulce y más grato en ella”, según sopesaba González Allende¹⁵⁰. Esta parece la idea que subyace a la afflictividad de la muerte civil aplicada a la deportación, cuyos réprobos “[...] se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España”, mas no en el lugar de su confinamiento deportatorio, en donde podrán adquirir lo que ganen por su trabajo e industria¹⁵¹, en donde podrán hasta obtener derechos civiles, empleos y cargos¹⁵², adonde, “si la mujer, los hijos, la familia entera quieren irse con el que ha de sufrir la pena de deportación pueden hacerlo libremente”¹⁵³, etcétera, lo que es como decir que, a estos efectos, no se considera *España* la posesión remota, y esto “[...] no teniendo nosotros, que yo sepa, sino provincias que todas están bajo el régimen constitucional” —así lo recordaba Marcial López¹⁵⁴— y todas ellas representadas en las Cortes¹⁵⁵.

En los proyectos de 1830 y 1834 la referencia se hacía solamente a *las islas*¹⁵⁶, aunque *compartiéndolas* con esa pena mixta de *confinamiento a castillos, fortalezas o a alguna isla*, sin discernimiento de cuáles habrían de servir para la deportación y cuáles para el confinamiento insular de reos con

149 Ya se cuenta con “[...] que los presidios no se hallan en el pié que supone el proyecto”... (DSC 1821-1822, t. II, nº 60, ses. 23-XI-1821, p. 922), “mas la comisión ha contado con que deben formarse para cuando se ponga en ejecución el nuevo Código” (*ibidem*, p. 926). Con el determinante de esta realidad y esta aspiración, “[...] la comisión supone que aunque no debe haber presidios sino fuera de la Península, estos han de estar en las islas adyacentes ó posesiones inmediatas” (*ibidem*, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336). Véase FRANCISCO LUQUE DE LA PEÑA, *Cárceles y presidios del mundo: España*, pp. 385-387.

150 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390.

151 Art. 53 CP 1822.

152 Arts. 50 y 144 CP 1822.

153 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1394. Fernando CADALSO, *La pena de deportación y la colonización por penados*, pp. 39, 48-49, estriba su alegato sobre *la virtud regeneradora del trabajo* y, precisamente, sobre *la benéfica acción de la familia*.

154 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390.

155 Repásense, entre otros, los arts. 5.1º, 10, 18 y 28 CPME 1812.

156 Arts. 71 PCC 1830 y 94 PCC 1834.

diferentes condenas; hagamos memoria: en 1830 se presentaba un *confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla* dentro del repertorio penal relacionado¹⁵⁷, sin presencia de una deportación que luego sí se desarrollaba un tanto en otros preceptos de la *parte general* y se prescribía a diversos tipos criminales en la especial del Proyecto (para más inri, su exposición de motivos denominaba la figura deportatoria como *confinación a Puerto Rico y Filipinas*¹⁵⁸); el olvido de la deportación en el catálogo punitivo venía a corregirse en el remedo de 1834¹⁵⁹, pero incluso en su modelo la deportación recibía un tratamiento diferenciado de pleno respecto al confinamiento, aunque éste se refiriera asimismo sólo a islas y sin concretar que lo fueran adyacentes a la Península y no ultramarinas, como en posteriores corpus penales se hará; es ésta ambigüedad que no subsana el segundo de los textos mencionados; en él sorprende, además, alguna redacción extrañísima por heterogénea: así esa *deportación a algún castillo, isla o fortaleza* de cierto precepto¹⁶⁰. Entremedias, Sainz de Andino sí que especificaba en el suyo un *destino a las Islas españolas del Asia o de América según lo que se designe en la sentencia*¹⁶¹; en vista de que la pena de *trabajos perpetuos y violentos* debía ejecutarse en las posesiones españolas del Asia o de América, verificándose también fuera de la península Ibérica la de *confinación en los presidios de África*, habrá que buscar en otro aspecto o rasgo nuclear (premito ya que en la calidad de los trabajos que aguardan a cada tipo de penado) su distinción del castigo deportatorio.

Retoman los comisionados de 1844 la alusión colonial que propuso –sin éxito– el Proyecto de 1821: “la relegación se sufrirá permaneciendo el sentenciado [...] en una isla de las de nuestras colonias”¹⁶². Pero ¿a cuál de ellas?; como principio, razonan los integrantes de esta junta que “dijimos que convenía dejar al gobierno en libertad respecto a este punto, pero hay circunstancias en que conviene enviar a un sentenciado a un paraje determinado y no a otro; y consignando en el artículo que haya de preceder informe del tribunal, no parecerá oficiosidad lo que éste manifestare, tratándose de criminales que reúnan circunstancias especiales”¹⁶³: se convino asentarlos así

157 Art. 6º PCC 1830.

158 “Exposición de la Junta...”, p. 139.

159 Art. 45 PCC 1834.

160 Art. 795 PCC 1834.

161 Art. 50 PCC 1831.

162 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64).

163 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566. En el Derecho romano reducido a sis-

en el precepto¹⁶⁴. En lo geográfico, vuelven a invocarse las islas Marianas y las Filipinas, los mismos archipiélagos que cuando se elaboraba el Código de 1822¹⁶⁵, sólo que ahora es su ocasión el desenvolvimiento de los trabajos forzados¹⁶⁶: de todas formas, los relegados no deberían de andar muy lejos y parece indicativo de la fijeza de una imagen en cuanto al escenario de la más gravosa, aflictiva penalidad¹⁶⁷. Las ediciones positivas de 1848, 1850 y 1870 remitían al condenado a todo *Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno*, sintagma asimismo escogido –con ambiciosa osadía– por el corpus carlista de 1875¹⁶⁸; mientras que en el Proyecto de 1845 el relegado iría a parar a *una isla de nuestras colonias*¹⁶⁹, el de 1869 coincidía en la expresión con los textos oficiales que lo circundan¹⁷⁰, e igual se conducía el proyecto de

tema por MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 416, el arbitrio del tribunal sentenciador venía compensado por una *orden de índole administrativa*.

164 En ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64).

165 Cfr. notas IV/89 y IV/224.

166 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556.

167 En ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 559 (arts. 51, 52 y 53), se arma este Proyecto con penas como la de trabajos forzados perpetuos fuera de la Península, los mismos trabajos pero temporales y la reclusión fuera de la Península: dejando a un lado la reclusión, los sentenciados a aquellos castigos, a perpetuidad o no, irán a parar a “[...] uno de los presidios de África, Canarias o Ultramar en los puntos en que el Gobierno estimare conveniente”, mas allí de nuevo “[...] se emplearán en los más duros y penosos [...]; llevarán siempre una cadena al pie pendiente de la cintura o asida a la de otro penado y no recibirán auxilio alguno fuera de los establecimientos”, no pudiendo destinarse bajo causa ni pretexto alguno a obras de particulares, ni públicas que se ejecuten por empresas o contratas con el gobierno”.

168 Arts. 102 CP 1848 y CP 1850, 111 CP 1870 y 98 CPC 1875.

169 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64). Objeta en las reuniones el juntista Seijas Lozano que “cuando se estableció la pena dijimos que convenía dejar al gobierno en libertad respecto a este punto, pero hay circunstancias en que conviene enviar a un sentenciado a un paraje determinado y no a otro; y consignando en el artículo que haya de preceder informe del tribunal, no parecerá oficiosidad lo que éste manifestare, tratándose de criminales que reúnan circunstancias especiales” (*ibidem*).

170 Art. 102 PRCP 1869. Además, también “la pena de cadena perpétua se cumplirá en cualquiera de los puntos destinados a este objeto en Africa, Canarias ó Ultramar” (*ibidem*, art. 94), “la pena de cadena temporal se cumplirá en uno de los arsenales de Marina, ó en obras de fortificacion, caminos y canales dentro de la Península ó islas adyacentes” (*ibidem*, art. 95), “la reclusion perpétua y la temporal se cumplirán en establecimientos situados dentro ó fuera de la Península” (*ibidem*, arts. 100 y 101, *refundidos*), las penas de presidio mayor y menor, las de prisión pueden cumplirse “dentro de la Península é Islas

Bugallal en 1880¹⁷¹. Corriente 1860, por Real Orden emanada tras dictamen del Consejo de Estado, se dispone:

[...] que la pena de relegacion perpétua debe cumplirse en las islas Marianas, y en la de Mindoro la de relegacion temporal, cualquiera que sea el grado en que esta se imponga; dejando al prudente arbitrio del Capitan general de Filipinas la facultad de trasladar á los que estén cumpliendo tales condenas á otro punto del distrito de su mando, siempre que lo estimen [sic] conveniente¹⁷².

Presume Dorado que “[...] tampoco esta real orden debió tener aplicación, y quedaría muy luego olvidada”¹⁷³. Al poco, el 20 de junio de 1861, sendas reales órdenes servíanse disponer la creación de un presidio en la isla de Fernando Poo y otro en las Marianas¹⁷⁴, “pero estos establecimientos, que no llegaron á crearse, eran, como indican claramente las Reales órdenes citadas, presidios destinados sin duda á aumentar el número de los de Africa, no verdaderas colonias penitenciarias”¹⁷⁵ –afina en esta ocasión Silvela–. La *ilusión* deportatoria fijábase de ordinario en las Filipinas, mas, reciente la puesta en obra de otro plan del gobierno para ejercer efectivamente la proclamada soberanía española sobre las posesiones guineanas¹⁷⁶, hacia allá se vuelven también las miradas. Y no sólo hacia el África ecuatorial: por ejemplo, prendida ya la cuestión rifeña, llega a hacerse campaña en pro de su conquista militar,

Baleares ó Canarias” (*ibidem*, arts. 104 y 106), los condenados a confinamiento mayor lo completarán “en las islas Baleares ó Canarias” (*ibidem*, art. 107).

171 En él, también las relegaciones “se cumplirán en Ultramar” (art. 108 PRCP 1880).

172 Real Orden de 5 de noviembre de 1860, en *CLE* 84, disp. 548, pp. 341-342, “determinando dónde han de sufrir su pena los condenados á relegacion perpétua ó temporal” (véase Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administracion española, peninsular y ultramarina*, t. XI, p. 93). Esta es la orden que algunos autores fechan en 1850 (v. gr., Eugenio CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 206, PUIG PEÑA, “Colonización...”, p. 420, o ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 159).

173 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 787. Véase en el mismo sentido, CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 206.

174 “Real orden, creando un presidio en la isla de Fernando Póo”, de 20 de junio de 1861, en *CLE* 85, disp. 277, p. 529; y “Real orden, creando un presidio en las islas Marianas”, *ibidem*, disp. 278, p. 530.

175 SILVELA, *El Código...*, t. II, p. 520.

176 Véanse Carlos FLEITAS ALONSO, *Guinea: episodios de la vida colonial*, p. 41; Mateo RÍOS, *La España ignorada*, pp. 15-20.

que debería apuntalarse después “[...] al concluirse la guerra con el aumento de diez ó mas miles de disciplinarios útiles para el cultivo de la tierra y de las artes, con que se aumentará la colonia”¹⁷⁷. De las leyes posteriores que distribuyeron la penalidad entre los diversos tipos de establecimientos y puntos de ejecución, la mayoría se reduce a las privaciones estrictas de libertad; cuando se legisla algo alrededor de las restricciones, todo permanece dentro del mismo terreno de los buenos propósitos en que se habían instalado el Código o el Real Decreto sobre cumplimiento de sentencias judiciales de 1855¹⁷⁸. Sólo como desiderata, cierta ley de 21 de octubre de 1869, estableciendo bases para la reforma y mejora de las cárceles y presidios y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario, aderezaba que

[...] cumplirán en los establecimientos que se creen al efecto con el nombre de colonias penitenciarias en las posesiones españolas del golfo de Guinea ó de las Islas Filipinas [...] sus condenas [...] los sentenciados á relegacion perpétua¹⁷⁹.

Guinea o las Filipinas, tanto daba, con tal de ir a *instalarse en algun punto alejado de la península*¹⁸⁰. Pero no, “nada de esto se llevó á la práctica”¹⁸¹; cuando, con el paso de unos años, se retoman los planes es para comenzar de nuevo y quedarse otra vez en la fase de proyecto:

[...] Por R. O. del Ministerio de Ultramar, fecha 29 de Septiembre de 1881, se creó una Comisión encargada de proponer los medios más á propósito para fundar en Fernando Poo y demás posesiones españolas del Golfo de Guinea establecimientos con destino al

177 Ignacio de ABENIA TAURE, *Memorias del Riff: su conquista y colonización*, pp. 98-99; la pormenorizada planificación del arbitrio cubre las pp. 98-110, pero la p. 99 proporciona en extracto su idea central. Este mismo publicista, a la par, tampoco desdeña como destino deportatorio-colonizador el archipiélago magallánico, concretamente en la zona joloana, *ibidem*, pp. 30-32.

178 V. gr., “Real Decreto sobre cumplimiento de sentencias judiciales”, de 14 de diciembre de 1855 [RDCSJ 1855], en *BJAPL* 1, pp. 516-523, art. 7º.

179 Ley de 21 de octubre de 1869, en *CLE* 102, disp. 754, b. 8ª (y léase la b. 14ª). Léase la positiva valoración, para sustituir la pena capital, de MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, t. XI, pp. 4-5. LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, p. 62, la querría más amplia. “Queda derogada la ley de bases para la reforma de los establecimientos penales de 21 de Octubre de 1869” por Ley de 23 de julio de 1878, en *CLE* 121, disp. 398, pp. 132-133, art. 4º.

180 Ley de 21 de octubre de 1869, b. 1ª.

181 Pedro DORADO, “Colonias penitenciarias”, en *EJE*, t. VII, p. 172.

cumplimiento de la pena de presidio y para la creación en ellos de una colonia penitenciaria y un depósito de condenados á relegación¹⁸².

El Consejo Penitenciario dictaminó negativamente (“[...] ninguna razón física, moral, jurídica ni administrativa abona el pensamiento de crear una penitenciaría y colonia penitenciaria en Fernando Poo”¹⁸³) sobre el informe favorable de esta comisión y todo volvió a quedar en agua de borrajas, como quedó el Real Decreto de 26 de enero de 1889: enarbolando *la relegatio del Imperio romano*¹⁸⁴, “se crea en la Isla de Mindoro una colonia penitenciaria agrícola”¹⁸⁵, sólo que “serán destinados para constituir la colonia los condenados á cadena ó reclusion perpétua ó temporal”¹⁸⁶, nada de relegados, pues. Incluso se llegó a enunciar el diseño arquitectónico al que debía responder el espacio de colonización penal¹⁸⁷. Aunque “la colonia no llegó jamás á establecerse mientras las Filipinas pertenecieron á España”¹⁸⁸, la voluntad de surtirla con condenados a penas de encierro parece bastante indicativa de la nueva visión o actualización de la antigua *relegatio* invocada; incluso en algún caso esporádico de translación de penados que puede allegarse ése mismo fue

182 DORADO, “Colonias...”, p. 173.

183 Cit. por DORADO, “Colonias...”, p. 173: “el Consejo penitenciario al dictaminar, en Marzo de 1882, sobre la propuesta de la Comisión dicha, favorable á la utilización penal de las posesiones mentadas, se mostró adversario de ella, fundando extensamente su parecer, el cual concluye de la siguiente manera: “Por tales razones, el Consejo es de dictamen que el excelentísimo Sr. Ministro de la Gobernación se sirva informa al de Ultramar que ninguna razón física, moral, jurídica ni administrativa abona el pensamiento de crear una penitenciaría y colonia penitenciaria en Fernando Poo”.

184 “Real decreto, creando en la Isla de Mindoro (Filipinas), una colonia penitenciaria agrícola”, de 26 de enero de 1889, en *CLE* 142, disp. 32, pp. 66-73.

185 R. D. de 26 de enero de 1889, art. 1º.

186 R. D. de 26 de enero de 1889, art. 3º. Véase CADALSO, *La pena...*, pp. 50-51.

187 “Real decreto, dictando reglas para la reforma arquitectónica de los establecimientos penales”, de 22 de septiembre de 1889, en *CLE* 143, disp. 177, pp. 1024-1029, art. 3º: “En los edificios de las colonias agrícola-penitenciarias se aplicará el principio de separación individual en las condiciones compatibles con la índole especial de los servicios, y atendiendo únicamente á procurar la separación de los penados á las horas en que no hayan de estar forzosamente reunidos”; art. 4º: “En las colonias de la costa septentrional de Africa, se podrán instalar independientemente de los edificios, según se destinen á reclusión celular absoluta ó á pernoctar únicamente, construyendo también aparte los edificios industriales, toda vez que no se pueden ejercer en un solo establecimiento las industrias y ocupaciones á que ha de dedicarse la población penal”.

188 DORADO, “Colonias...”, p. 173.

el criterio al que se ciñó el experimento¹⁸⁹. A las dificultades estructurales con que topan todas estas bases, proyectos y demás intenciones, a la vuelta de unos años se acumulará, *velis nolis*, la sombra de la Historia grande: durante la vida del Código de 1870, sobreviene un hito histórico de particular relieve para la puesta en práctica de esta pena, tanto que, en opinión del abogado Aleu, “perdidas para España sus colonias Antillanas y Filipinas, la disposición de este artículo queda virtualmente derogada”¹⁹⁰. La alternativa restante, la colonización guineana tampoco hubo de cuajar, ya por impedimentos de política interior. Sabido es que el Código de 1932 suprime del ordenamiento la pena de deportación o relegación; sin embargo, cuando el legislador republicano preste oídos a las plumas especializadas que proclaman las bondades de la colonización penal, decidirá crear su “[...] Colonia penal en los territorios españoles del Africa Occidental para el cumplimiento de penas de privación de libertad impuestas por los Tribunales de la República”¹⁹¹, bien que bajo *un régimen de semilibertad dentro de horizontes de mayor amplitud*¹⁹²:

La idea de establecer una colonia penal en Africa Occidental española no es nueva, más bien puede decirse que es un propósito legal de hondas raíces, al que no se ha dado efecto, ya que tanto el Código penal de 1870 como la ley de Bases de 1879, disponían que ciertas condenas se cumplieran en nuestras citadas posesiones coloniales¹⁹³.

189 Consistió esta *colonización privada ultramarina por penados* en la concesión el año 1888 de amplios terrenos en la isla filipina de Paragua al particular Fernando Canga Argüelles, quien comenzó recurriendo al trabajo indígena, llegando con posterioridad a servirse de hasta doscientos cincuenta condenados de ambos sexos (DORADO, “Colonias...”, p. 173).

190 Manuel ALEU, *Código Penal de España*, p. 114. Véanse DORADO, “Colonias...”, p. 173; ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 160.

191 “Decreto creando una Colonia penal en los territorios españoles del Africa Occidental”, de 19 de enero de 1933, en *CLEAC* 133, disp. 87, pp. 137-140, art. 1º. Pese a su predicamento e influjo político-legislativo en el régimen republicano, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 425-426, 431, abomina de la colonia, como bastante antes ARENAL, *Las colonias...*, p. 90, auguraba ruínosa e inmoral su sola idea.

192 Decreto de 19 de enero de 1933, preámbulo, p. 138.

193 Decreto de 19 de enero de 1933, preámbulo, p. 138; “pero como en la península se están implantando los preceptos de la ley de Reforma Agraria, no resulta prudente indicar soluciones dentro de las provincias españolas, que acaso representaran perturbaciones mayores que los beneficios que se pretendieran obtener. / No queda, por tanto, otra orientación a seguir que la que nos brindan nuestros territorios de Africa Occidental, donde existen grandes extensiones de terreno falto de cultivo, y donde los penados pueden

La implementación de la colonia comenzó su curso con el nombramiento de la comisión de funcionarios para el estudio de su emplazamiento, de la que emanó una memoria que descartaba, *por motivos sanitarios o por causas políticas*, la Guinea continental –entre los ríos Campo y Muni– y las islas de Fernando Poo, Corisco y Elobeys (Grande y Chico), decantándose por la segunda isla en superficie, Annobón, en toda su extensión¹⁹⁴. La idea no fue más allá de sí misma; tampoco prosperaron otros *rumores* posteriores apuntando a *cualquier punto de las supervivencias coloniales* o isleñas: como siempre y en su contra, los problemas presupuestarios se aliaban con los escrúpulos de dejar la población autóctona expuesta a las temibles *culebras de cascabel*¹⁹⁵... Parece el derogatorio de Aleu un razonamiento muy verosímil, y lo es, pero sucede que ya para entonces, al desastre colonial, el Estado ha desistido de aplicar con arreglo a Derecho la relegación, pues, en flagrante contravención del principio de jerarquía normativa y de la máxima codificada de que “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto”¹⁹⁶, prepondera la normativa, con rango infralegal, que, no ya altera, sino que transmuta esta pena en otra tan distinta como para pasar de la categoría de restrictiva a la de privativa de la libertad. Puesto que “algunas disposiciones relativas á distribución de delincuentes en los actuales establecimientos sólo pueden adoptarse como provisionales, por no estar estrictamente ajustadas á los preceptos del Código penal reformado” y puesto que “ni en nuestras posesiones ultramarinas hay establecimientos á propósito para los relegados, ni los recursos del Erario consienten establecer [...]”¹⁹⁷, por Decreto de 5 de diciembre de 1870,

cumplir sus condenas dentro de un sistema ampliamente progresivo, empleados en trabajos agrícolas, rindiendo una labor de utilidad para el Estado y compensando, aunque sea en parte, los gastos que a la sociedad ocasionan, sin perjuicio alguno para el proletariado y con beneficios para la economía nacional” (*ibidem*).

194 Sígase por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 425-434. Amplíese la noticia sobre condiciones físicas de la Guinea, en ARENAL, *Las colonias...*, pp. 85-90; ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, pp. 49-54 y 58; o LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, pp. 31-40.

195 ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, pp. 159-160.

196 Art. 100 CP 1870.

197 “Decreto, dictando varias disposiciones para el buen régimen de los Establecimientos penales, distribución de ellos de los penados, según sus condenas, y exacto cumplimiento de estas”, de 5 de diciembre de 1870, en *CLE* 105, disp. 857, pp. 869-876, preámbulo (p. 871). Una norma predecesora de ésta había sido la “Ley estableciendo un régimen general de prisiones, cárceles y casas de corrección”, de 26 de julio de 1849, en

Quedan autorizados los Gobernadores civiles para destinar los rematados que los Tribunales pongan á su disposicion á los establecimientos penales correspondientes con sujecion á las siguientes reglas:

Primera. Los condenados á cadena, reclusion y relegacion perpétuas serán destinados á los presidios de Alhucemas, Ceuta, Chafarinas, Melilla y Peñon de la Gomera.

Segunda. Los de cadena, reclusion y relegacion temporales á los de Cartagena, Coruña, Palma de Mallorca, Santoña y Tarragona.

[...]

Sétima. Los condenados á cadena, reclusion y relegacion temporales, á presidio mayor y correccional ó á prision mayor, serán destinados á los establecimientos de sus respectivas clases que se hallen más distantes de sus domicilios, ó en su defecto, de los pueblos de su naturaleza ó de los en que hubieren cometido los delitos¹⁹⁸.

“El único arbitrio posible es aproximar cuanto sea dado las disposiciones de la Administracion á los preceptos de la ley, y eso se ha procurado con la mayor escrupulosidad”¹⁹⁹ –pretextaba la norma en su posibilismo—. Un nuevo Decreto de 16 de julio de 1873 insiste en el destino de unos y otros relegados con apenas variada sintaxis²⁰⁰. Suma y sigue, otra disposición del poder ejecutivo, Real Decreto de 1 de septiembre de 1879, so capa de una reorganización penitenciaria, persiste en trastornar de lleno la economía penológica no sólo de la teorización asentida por autores y corpus modernos, sino del mismo Código entonces vigente:

Los condenados á cadena, reclusion y relegacion perpétua serán destinados á los presidios de Alhucemas, Ceuta, Chafarinas, Melilla y Peñon de la Gomera.

Los de cadena, reclusion y relegacion temporal, á los de Palma de Mallorca, Cartagena, Santoña, Tarragona y Zaragoza²⁰¹.

CLE 47, disp. 505, pp. 521-528, cuyo art. 23, “interin se plantean los establecimientos que prescribe el Código penal”, acometía tan sólo la sustitución de penas privativas de libertad de no expedita ejecución por falta de medios inmobiliarios, sin cuidarse de las simplemente restrictivas.

198 Decreto de 5 de diciembre de 1870, art. 3º.

199 Decreto de 5 de diciembre de 1870, preámbulo (p. 871).

200 “Decreto, clasificando en la forma que se expresa los establecimientos penales para los efectos de la Administracion”, de 16 de julio de 1873, en *CLE* 111, disp. 644, pp. 59-60, art. 2º, párrs. 1º y 2º: “En lo sucesivo los reos condenados á cadena, reclusion y relegacion perpétua serán destinados á los presidios de Alhucemas, Ceuta, Chafarinas, Melilla y el Peñon de la Gomera. / Los de cadena, reclusion y relegacion temporales á los de Baleares, Cartagena, Coruña, Santoña y Tarragona”.

201 Art. 4º, párrs. 1º y 2º, del “Real decreto, declarando establecimientos pe-

A lo cual hay que añadir una serie de descartes no legales que pueden afectar a relegaciones impuestas en aplicación del Código, en el cual no existen los cálculos de este género que sí preocuparon a los legisladores de 1822 o de 1848²⁰²:

Las mujeres, cualquiera que sea su condena, serán destinadas á la casa correccional de Alcalá de Henares.

El actual presidio de hombres de Alcalá quedará exclusivamente destinado para los delincuentes menores de veinte años, cualquiera que sea su condena²⁰³.

Hasta que pueda construirse ó dedicarse exclusivamente un establecimiento penal con destino á los reos políticos y sentenciados por delitos que sólo pueden perseguir á instancia de parte, se habilitará el local necesario en el presidio de Valladolid para una seccion completamente independiente de las demas, donde se destinarán todos los comprendidos en aquellas condiciones²⁰⁴.

nales de hombres, para los efectos del Código penal, los que hoy radican en Alcalá de Henares y demas puntos que se expresan, y de mujeres la Casa-correccion de la referida ciudad”, de 1 de septiembre de 1879, en *CLE* 123, disp. 425, pp. 228-231. SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 475, informa de que “todos los establecimientos penales tienen la condicion de civiles”, con las salvedades del art. 2º del R. D. de 1 de septiembre de 1879: “Los establecimientos penales de Alhucemas, Chafarinas, Melilla y Peñon de la Gome- ra continuarán dependiendo del Ministerio de la Guerra en cuanto á su sostenimiento material y personal, y en todo lo demas del de la Gobernación, en la forma actualmente establecida” (es sucesor del también art. 2º del Decreto de 5 de diciembre de 1870); el “Real Decreto, reformando la clasificación de los establecimientos penales para los efectos administrativos”, de 6 de noviembre de 1885, en *CLE* 135, disp. 480, pp. 1629-1646, art. 17, transfiere todas las competencias al Ministerio de la Guerra: “El Ministerio de la Gobernación entregará al de la Guerra, á quien pertenecen en propiedad y de quien depende su personal respectivo, los presidios de Alhucemas, Melilla, Chafarinas y Peñón de la Gomera”.

202 En 1822 se exoneraba, por regla general, a los menores de diecisiete años de pasar a la deportación (art. 65 CP 1822), pero no a las mujeres (art. 67 CP 1822). Léanse los arts. 72, 99 y D. T. 1ª CP 1848; por último, el art. 86 CP 1870.

203 R. D de 1 de septiembre de 1879, art. 4º, párrs. 5º y 6º (en el Decreto de 5 de diciembre de 1870, art. 3º.10ª, la sustitución de penas a mujeres afectaba sólo a las privaciones de libertad). El R. D. de 6 de noviembre de 1885, exposición de motivos, p. 1636, lamenta la frustración de lo planificado para los jóvenes, nunca culminante: “tan plausible acuerdo no llegó á ejecutarse por completo”; respecto a las mujeres, tampoco parece que funcionara mucho mejor la sustitución de penas (*ibidem*, p. 1637).

204 R. D. de 1 de septiembre de 1879, art. 6º (reforma el art. 6º del Decreto de 16 de julio de 1873: “Hasta tanto que pueda habilitarse un establecimiento penal con destino

Por supuesto, habrá que recuperar en adelante el Real Decreto de 1879, que, en su dislate, viene a condensar en sí, como ápice de la deportación o relegación en España, una práctica extralegal o, por mejor decir, *contralegal* sin cuyo conocimiento el análisis de los preceptos y su sistema aparecería mutilado o incluso falaz. De momento, conste que otro Real Decreto, de 6 de noviembre de 1885, da fe en su preámbulo de la observancia cotidiana de este desmán penológico²⁰⁵. En relación con el punto de relegación, el penitenciarista Cadalso se ve obligado a lamentar en 1896:

[...] Hasta ahora, no sabemos exista punto alguno designado por el Gobierno para cumplir la relegación, y creemos que no se haya hecho desde 1870, en que se promulgó el Código penal vigente, la designación á que se refiere el art. 111 del mismo, pues no significa fijación de sitio el hecho de haber mandado algunas remesas de políticos, vencidos en las luchas interiores por alcanzar el poder, á los Archipiélagos de las Marianas, Carolinas ó Palaos, ni tampoco el que el general Villacampa fuese destinado no ha mucho á Fernando Poo por el levantamiento en armas que lleva su nombre. Este general sólo semanas permaneció en el Golfo de Guinea, y aquellos políticos salían de la Península sin plan, ni concierto, ni sistema [...] ²⁰⁶.

Sí que había hecho el Gobierno la designación, lo sabemos y lo sabía, por supuesto, Cadalso, competente penitenciarista y director de la prisión celular de Madrid, pero él se refería sin duda a la fijación ajustada a Derecho, no a la pantomima mistificadora de los decretos antevistos: como advierte Viada, “si las penas pudiesen cumplirse en otra forma que la dispuesta en la ley, ya no serían las que ésta determina, sino penas distintas”²⁰⁷. Entretanto, el Proyecto de Alonso Martínez en 1882 y el de los Silvela en 1884 se abrían a una anchísima perspectiva para la pena de que se trata: *en Ultramar, en Canarias ó en Baleares*, por supuesto que, dentro de estas alternativas, siem-

exclusivo á los reos políticos, se formará en cada presidio una brigada especial con esta clase de penados, completamente independiente de las otras, ú ocupando el local que reuna mejores condiciones del establecimiento”). Véase Alicia FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, pp. 188-190, 229-230; cfr. nota IV/1279.

²⁰⁵ Cfr. nota IV/1256.

²⁰⁶ Fernando CADALSO, *El anarquismo y los medios de represión*, pp. 27-28. Sobre el republicano Villacampa, sublevado en 1886, véase Raymond CARR, *España (1808-1975)*, p. 349; también, Mariano Luis de CASTRO ANTOLÍN, *La población de Santa Isabel en la segunda mitad del siglo XIX*, pp. 11, 49.

²⁰⁷ Salvador VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, p. 143; remite al art. 100 CP 1870.

pre en los puntos para ello destinados por el Gobierno²⁰⁸; en estos corpus *in fieri* habíase querido subsumir el confinamiento en la relegación, de ahí el desmedido espectro de posibilidades. Otra consecuencia trae esta asunción: atrae a los dominios espaciales de la relegación una guía ejecutiva propia de la pena supresa para la particularización del lugar de cumplimiento e índice de una preocupación ya tenida por el legislador de 1870 respecto de los confinados²⁰⁹, como es de justicia.

Para la determinación del punto en donde haya de cumplirse esta pena, se atenderá á la duración de ella, así como á la edad y circunstancias del condenado²¹⁰.

El articulado propuesto por Montilla se *apropia* esta especificación, dentro del encuadre *en la costa de Africa ó en las Islas Canarias ó Baleares*²¹¹; y Saldaña, en su particular anteproyecto de reforma de 1920, envuelve asimismo en el ámbito de la deportación *las Colonias o las islas adyacentes, Baleares o Canarias* (sólo ilustrativamente le hace contener en sí relegación y un confinamiento que debe de corresponder a la especialidad para *los menos peligrosos*)²¹², acumulación ésta en la cual parece seguir los Proyectos de 1882 o 1884; y también, con detenimiento en las circunstancias conforme al tenor de 1870 para los confinados,

Los Tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia²¹³.

Como digo, es ésta prudencia más cercana –la transposición es literal– a la que sirve al confinamiento de 1870²¹⁴, mas no se olvide que éste y

208 Arts. 99, párr. 1º, PCP 1882 y 55, párr. 1º, PCP 1884.

209 Art. 116, párr. 2º, CP 1870.

210 Arts. 99, párr. 3º, PCP 1882 y 55, párr. 3º, PCP 1884.

211 Art. 54, párrs. 1º y 3º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571.

212 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 1º y 2º, ACP 1920): “Las penas de deportación (relegación, confinamiento), determinada e indeterminada, se cumplirán en las Colonias o en las islas adyacentes, en los puntos para ello destinados por el Gobierno” y “los menos peligrosos serán conducidos a un pueblo o distrito situado en las islas Baleares o Canarias”.

213 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 4º, ACP 1920).

214 Vuélvase sobre el art. 116, párr. 2º, CP 1870.

la relegación estaban siendo integrados en una sola pena por el vocal de la Comisión, con lo cual, antes que de transvase o influjo de elementos, puede verse en esta cláusula un asomo de ese proceso de conmixtión pretendido entre ambas. Por otra parte, este vaivén en la delimitación de los escenarios posibles para el cumplimiento de determinada penalidad no responde únicamente a criterios científicos, sino que en mucho se ve afectado por la mayor o menor disposición de territorios extrapeninsulares. A la base de Alonso Martínez que había comenzado previendo en 1886 que nuestro sistema penitenciario se extendía a Africa, Canarias y Ultramar se le añadió por la Comisión dictaminadora del Senado que “tambien podrán ser utilizadas al efecto nuestras posesiones del Golfo de Guinea é islas Marianas, Carolinas y Palaos”²¹⁵, sin especificar la penalidad en que se estaba pensando, mas, integrando o no presidios, lo seguro es que atañía a la relegación. Tras el *Desastre* del 98, Bernaldo de Quirós sólo podía abrir a la relegación *la costa de Africa ó las islas Canarias ó Baleares en los puntos que designe el Gobierno* (la inclusión de las islas dimana del descarte nominal del confinamiento), lo cual llenará con arreglo a la disposición que toma de Alonso Martínez y de Silvela: “se atenderá a la duración [...] á la edad y circunstancias del penado”²¹⁶. Y Saldaña, con sus *colonias*, ya nada más podía estar pensando en los restos africanos del Imperio, a todas luces insuficientes para una política criminal solvente en el aspecto penitenciario, por eso tiene que recurrir a las islas adyacentes²¹⁷, y esto no parece ya sólo opción penológica, sino imposición de la menguante circunstancia colonialista. Comentando el primer corpus de la serie, comprende Pacheco que “la verdadera penalidad de este castigo consiste en vivir a millares de leguas de la patria, sin poder, mientras dure, tornar a ella”, aunque

El artículo no señala a qué parte de Ultramar se han de dirigir los deportados. En esa libertad que deja al Gobierno y a los tribunales se encierra naturalmente un elemento poderoso de distinción, que el uno y los otros podrán hacer. No es lo mismo ser relegado a la isla de Cuba, que a las Filipinas, que a las Marianas. La distancia, la facilidad de comunicaciones, los medios de subsistencia, todo es diferente. El último de esos tres puntos sería,

215 PLB 1887, b. 9^a, párr. 2^o (la revisión y reelaboración de estas bases por una comisión de senadores están detalladas por LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 548-549).

216 Art. 54, párr. 3^o, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571 (revisese el art. 55, párr. 3^o, PCP 1884).

217 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párrs. 1^o y 2^o, ACP 1920).

sin duda alguna, para nosotros, el preferible, a no detenernos una consideración. En las Marianas será muy raro el condenado que encuentre recursos para sostenerse²¹⁸.

Vemos aquí coincidir a Pacheco con Calatrava, aunque sobre el óbice que se le ocurre a aquél habrá que volver al tratar de los trabajos u ocupaciones en que debe emplearse, por ley, el penado. En conexión con estos cálculos, La Serna y Montalbán traducen tales necesidades de subsistencia y ocupación como una traba a la *latitud que se da al gobierno para elegir los puntos de relegación*²¹⁹. Sin excluir esta atención, que ellos mismos contribuyeron a fijar en la comisión redactora del Código, al pasar a comentarlo Tomás María Vizmanos y Cirilo Álvarez expresan su sentir quizás con otras preocupaciones prioritarias:

Este punto podría ser á nuestro juicio las islas Marianas, distantes de la península segun conviene para un establecimiento penal de esta clase, y en donde la evasión de los delincuentes no seria muy fácil, lo cual no debe perderse de vista cuando los relegados [...] pueden *dedicarse libremente* á su profesion ú oficio dentro del radio á que se estiendan los límites del establecimiento penal. La relegación [...] consideramos indispensable el determinar que se sufra en una isla de poca estension, situada á mucha distancia de la metrópoli; y por esto proponemos las islas Marianas, como ya se propuso al discutirse el código de 1822, y no creemos que convengan al intento ni las islas Filipinas, ni la Habana y Puerto-Rico, por razones muy óbvias que no necesitamos esponer²²⁰.

Partiendo del núcleo punitivo de la relegación, que “[...] consiste en obligar al condenado á vivir en un punto de Ultramar lejano de su domicilio”²²¹, convengamos en que la nota de *extrapeninsularidad* sólo rige como lugar común al referirnos a la lejanía, esto es a la *confinación remota*, desde una perspectiva centralista, metropolitana, de españoles peninsulares que miran amedrentados hacia ese ultramar... En los códigos ya ellos mismos ultramarinos, se arbitran dispares soluciones al sinsentido que supondría no preverlo así: en el antillano, el cumplimiento de la relegación será siempre *fuera de las Islas de Cuba y Puerto-Rico*²²²; en el asiático, se hará *en la Península ó*

218 PACHECO, *El Código...*, p. 454.

219 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 173.

220 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 356-357.

221 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 248.

222 Art. 109 CPCPR 1879. Así se establece también para la cadenas (*ibidem*, art. 104); sin embargo, las reclusiones “[...] se cumplirán en establecimientos situados dentro

en las islas Filipinas, cuya alternativa quiebra un tanto –pese al subsistente *aislamiento*– la nota de lejanía²²³. Curiosamente, en los debates del *Trienio*, el diputado Puigblanch, hacía reparar a la cámara en las exigencias que dicha nota suscitaba para Ultramar y que le llevaban a postular una previsión que, si resurge en el caso antillano, será sólo a medias atendida ahora que se acude a legislar especializadamente para las islas Filipinas en lo penal; así lo expresaba el tribuno:

[...] Diré de paso que la comision no ha advertido que no bastará un lugar solo de deportacion; serán necesarios dos o más; uno en Ultramar para los que delincan en Europa, y otro en Europa para los de Ultramar; pues no es regular que el que delinca en las islas Marianas, que es el lugar que la comision ha tenido en su idea, como á propósito para los deportados, se quede en las mismas islas, por cuanto la pena era entonces casi ninguna. Por consiguiente, es indispensable que se señalen varios destinos á los deportados [...] ²²⁴.

Antes de su adaptación y promulgación para las colonias, bajo el Código de 1870, que no por él, pues casi siempre intermedia la discrecionalidad gubernativa, fueron deportados a la metrópoli el insurgente Martí –en dos ocasiones–²²⁵, el también cubano y cubanista José Antonio Saco, autor de la elogiada *Historia de la esclavitud*²²⁶, o el *gran penalista cubano* a quien Jiménez de Asúa homenajea, González Lanuza, *confinado por la metrópoli en el peñón africano de Chafarinas*²²⁷. Otro esforzado libertador, José Rizal, padre de la patria filipina, sufrió desde 1892 deportación gubernativa en Mindanao –*lanzado a una peña de la patria que adoro*²²⁸–, isla sureña del archipiélago asiático²²⁹, trasladándosele en 1896 a la Península para su reubicación

ó fuera de las Islas de Cuba y Puerto-Rico” (*ibidem*, art. 108), en tanto que presidios y prisiones siempre quedarán dentro del ámbito archipelágico (*ibidem*, arts. 111 y 113).

223 Art. 110 CPF 1884. Interesa consignar que “las penas de cadena perpetua y temporal se cumplirán en cualquiera de los establecimientos penales de Cavite, Zamboanga ó islas Marianas” (*ibidem*, art. 105), así como las de reclusión y presidio se llevarán a efecto dentro del territorio de las islas Filipinas (*ibidem*, arts. 109 y 112).

224 DSC 1821-1822, t. II, n^o 93, ses. 26-XII-1821, p. 1481.

225 Léase José MARTÍ, “El presidio político en Cuba”, en *Obras completas*, t. I, pp. 43-74; *id.*, “Flores del destierro”, *ibidem*, t. XVI, pp. 233-308. También Antonio ESPINA, *Martí*, pp. 48-58, 66; o Jorge MAÑACH, *Martí, el apóstol*, pp. 42-67, 115-122.

226 Véase Pura SANFELIÚ, *Plumas al viento*, p. 84.

227 JIMÉNEZ DE ASÚA., *Tratado...*, t. I, p. 1285.

228 José RIZAL, ‘Mi retiro’, ‘Poesías’, *Escritos de José Rizal*, t. III.1^o, p. 132, v. 101.

229 Véase, polemizando en torno a las facultades discrecionales que tenía con-

en la plaza de Alhucemas: apenas arribado el vapor al puerto de Barcelona, el preso fue reexpedido hacia Manila²³⁰, donde, frente al pelotón de fusilamiento, le aguardaba la muerte.

Basten los ejemplos. Hagamos un pequeño, pero ya necesario alto en el camino: la deportación o la relegación son penas o es una pena en cuya raíz histórica prepondera la nota de seclusión, de remotidad, insularmente adjetivada, así en el Derecho antiguo como en su moderno recibimiento por la Codificación. Pero en los dos textos del año 1884 topamos con sendas fisuras en ésta su teoría: el Código filipino admite una relegación ejecutable en el propio archipiélago –como la de Rizal–, corrigiendo la regla adoptada para las Antillas españolas (“se cumplirán fuera de las Islas de Cuba y Puerto-Rico”²³¹); puede acaso estimarse, a la vista de las peculiaridades de nuestras islas en el Pacífico, que no suponía ello ningún resquebrajamiento de la virtualidad obrante en tal medio de punir, encontrando una justificación a la fórmula acuñada en las condiciones geográficas –físicas y humanas– del territorio: una descripción de la época, del comisario regio Patricio de la Escosura, nos habla de que “[...] diez ó doce son las islas principales; el número de las restantes, que comprende desde el territorio capaz de una pequeña provincia hasta el cayo inhabitable, no tiene cuenta en realidad” y “en tal estado, la dificultad de las comunicaciones, forzosamente marítimas en los más de los casos, salta á los ojos”²³². Sin embargo, cuando Alonso Martínez o los hermanos Silvela quieren en sus proyectos que la relegaciones se cumplan *en Ultramar, en Canarias ó en las Baleares*²³³, sí están ya a todas luces manipulando la carga punitiva esencial a la pena. ¿Qué nos sugieren estos datos? Por de pronto, que la relegación pudo no desaparecer, no raerse sin más de las escalas generales, sino que quizá sufrió un proceso de reconversión, de acercamiento a la modalidad restrictiva confinatoria, la que el proceso descolonizador iba dejando como única posible, y acabó confundándose con ésta. La muerte civil, la perpetuidad o la confiscación habían sido elementos esenciales de la deportación en su hechura hispana clásica, renuevo de su último estadio evo-

cedidas y usó el gobernador general, José BARÓN FERNÁNDEZ, *José Rizal, médico y patriota filipino*, pp. 238-281 (se anexa el decreto de deportación en p. 243); Antonio M. MOLINA, *Yo, José Rizal*, pp. 265-315.

230 Sígase en BARÓN FERNÁNDEZ, *José...*, pp. 284-330, y MOLINA, *Yo, José...*, pp. 315-335.

231 Art. 109 CPCPR 1879.

232 Patricio de LA ESCOSURA, *Memoria sobre Filipinas y Joló*, p. 73.

233 Arts. 99, párr. 1º, PCP 1882 y 55 PCP 1884.

lutivo en Roma; si aquí medito tratarlos como accesorios es porque me muevo dentro del contexto de la Codificación y como accidentales los tuvo ésta, la cual, internándose en un proceso de depuración, dejó tan sólo como núcleo ontológico de dicha pena una confinación extrapeninsular o –mejor– remota y una libertad vigilada dentro de ella. Pues bien, de extraerse también aquella nota de alejamiento, ¿qué queda?, ¿se ha suprimido la deportación?, ¿no es lo que resta simple y llanamente un confinamiento en regla: permanencia del reo en una población o comarca bajo control de la autoridad? Puede decirse, gráficamente, que, cuando el legislador se decidió a tomar este giro, el de admitir la deportación *adyacente* –llamémosla así–, condicionado, dicho sea de paso, por el retraimiento imperial del país, se encontró con que le había salido una pena con la cual ya contaba: el confinamiento.

No obstante, el Código de 1928 extendió en cuanto el desastre del 98 aún consentía el espectro de parajes hábiles, admitiendo cualesquiera *posiciones españolas del África Occidental o lugares que el gobierno designe, fuera del territorio de la Península e islas adyacentes*²³⁴, precisamente, y con recto criterio, porque, aceptado este territorio, ya estaríamos ante un confinamiento: si se querían conservar las posibilidades afflictivas cuanto preventivas de la deportación, había de ser respetando su cumplimiento allende la España histórica y aglutinada por unos mismos parámetros político-económicos y socio-culturales, un cumplimiento apartado de la metrópoli dentro de lo permitido por el horizonte colonial... Más maleable que esto y en la línea de Alonso Martínez, Silvela y Saldaña, el Anteproyecto de F.E.T. y de las J.O.N.S., al envolver en una misma definición la relegación y el confinamiento, deja en el aire la línea divisoria que pueda separar ambas en lo territorial: si no discrimina más que relegado y confinado “[...] serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la Península o en las Islas Baleares o Canarias o en los Territorios de Africa”²³⁵, sólo la intuición nos dejaría suponer, en principio, una reserva del dictado de relegación para la pena ejecutada en el África (la Guinea insular y continental²³⁶, sólo ocupadas con alguna estabilidad en el último tramo del XIX²³⁷), mas ciertamente esto no lo explicita la ley y quedaría aún dudosa la consideración de las Canarias como punto de destino para el reo: si pertenecen al afro continente, tradicional-

234 Arts. 175 CP 1928 y 190 PCP 1927.

235 Art. 82, párr. 1º, AFCP 1938.

236 Así siente CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a AFCP 1938], p. 18.

237 V. gr., FLEITAS ALONSO, *Guinea...*, pp. 33, 40-41; y RÍOS, *La España...*, pp. 15-20.

mente han servido para aplicar en ellas la pena de confinamiento²³⁸, carente de la consideración ultramarina por las leyes punitivas, y, en cualquier caso, sus circunstancias políticas, sociales y culturales ostentan de todas todas una idiosincrasia metropolitana²³⁹. Por el contrario, el mismo articulado parece identificar plenamente una y otra pena cuando habla de *relegación o confinamiento en los territorios del Africa Central*²⁴⁰, pero, entonces, ¿por qué y para qué las distingue en la escala general de penas?, ¿se trataba nada más que de una cuestión durativa? Más practicable parece la comprensión a través del proceso apuntado: en el despojo de la remotidad que se estaba infiriendo a esta pena, el codificador falangista tomaba el camino alternativo al del legislador de 1932, el cual, constatando la identidad en que paraban relegación y confinamiento, había optado por borrar aquélla de la escala; ahora, con cierta impremeditación, se resistían en este caso los autores a prescindir de una muy *imperial* pena que, sacado el tuétano, se les quedaba inane entre las manos²⁴¹. En otro orden, ya sin vaguedad, lo que sí sienta este nonato corpus como directriz es la de sopesar el *modus vivendi* del reo a la hora de asignarle punto de cumplimiento²⁴²: se examinará como aspecto de la obligación del relegado de ocuparse en algún trabajo.

Introducida la deportación en 1822, su referencia a una isla o posesión remota por fuerza encuentra los posibles detinos limitados a las Antillas españolas o a los archipiélagos del Pacífico. El apartamiento en que se pretende colocar a los deportados decide de ordinario la intención del legislador por la segunda opción, no expresada en los Códigos, pero sí puesta de manifiesto en los debates de 1822 o en los trabajos preparatorios de 1844. En un caso, la doble posibilidad, Puerto Rico y Filipinas, se considera expresamente: es el de Sainz de Andino en su personal Proyecto de 1831. Normativa de inferior rango va señalando enclaves deportatorios en las Marianas, en las Filipinas y, desde los asentamientos efectivos, en la Guinea colonial. Mayor importancia, absoluta en el campo de la práctica penitenciaria, tienen los sucesivos decre-

238 Con explicitud, en arts. 107, párr. 1º, CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869; 116, párr. 1º, CP 1870; 103, párr. 1º, CPC 1875; 113, párr. 1º, PRCP 1880; 191 PCP 1927, 176 CP 1928; 90, párr. 1º, CP 1932; 82, párr. 1º, AFCP 1938; 87, párr. 1º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

239 Y entre los tratadistas de la deportación se tiene esto por motivo invalidante como punto de destino: v. gr., ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 71.

240 Art. 81, párr. 2º, AFCP 1938.

241 Véase CASABÓ RUIZ, "Estudio..." [a AFCP 1938], p. 18.

242 Art. 82, párr. 2º, AFCP 1938.

tos que adscriben para su cumplimiento las penas de relegación a los presidios: su identidad punitiva había sido desactivada. Además, en algunos proyectos de Código (1882, 1884 o 1938) la relegación tiende a confundirse con el confinamiento, admitiéndose las islas Canarias como lugar apto de ejecución. En fin, el tema del confinamiento material en que consisten la deportación o la relegación no quedará completo si no se lo conecta con la provisión consecuencial que para el quebrantamiento o fuga del reo adopte cada Código: un apartado posterior debe entrar de lleno en la diversidad de expiaciones con las que los sucesivos corpus dieron en protegerse.

b) La libertad vigilada.

Habrá que traer acá, a favor de la identidad de fines y medios, buena parte de cuanto se diga en el apartado que reservo a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, en la cual, por éste y por otros motivos que a su debido tiempo invocaré, pretendo demorarme convenientemente para el análisis de su historia y naturaleza. Que la deportación contiene vigilancia es tan obvio que, en la fase de aplicación de las penas, al concurrir dos o más delitos y penas, si fueren la de sujeción a vigilancia con la deportación, se impondrá sólo ésta²⁴³. Mas no aparece, desde el Proyecto penal de 1821, ninguna explicación del arreglo de vida que debería llevar el deportado más allá de su dedicación *á los trabajos y ocupaciones que su jefe disponga*, silencio que, pese a lo departido durante los debates parlamentarios, pasó al Código resultante. Partiendo de ahí, parece evidente que la posibilidad en 1822 de obtención por el deportado de *algunos ó todos los derechos civiles, y los empleos y cargos que el gobierno quiera conferirle*²⁴⁴ sugiere un régimen de vida en libertad, no mediatizada por el encierro en institución cerrada, según venía siendo desde Roma²⁴⁵ y según modernamente tenía expuesto Bentham²⁴⁶; claro es también que dicha libertad habrá de ser controlada con dos objetivos básicos: tanto que el reo no disponga de oportunidades para abandonar la plaza o punto de *confinamiento* (la deportación, sí, envuelve, entre otros elementos,

243 Arts. 114 CP 1822, y 116, 2º párr., PCP 1821.

244 Art. 50 CP 1822 (el 51 PCP 1821), integrado por el 144 CP 1822 (y 147 PCP 1821).

245 NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 129-133.

246 Véase Toribio NÚÑEZ, *Ciencia social segun los principios de Bentham*, p. 193.

un confinamiento y una sujeción a vigilancia) como que se tenga constancia de su comportamiento y evolución en orden a conceder en su momento esa posible recuperación de derechos o a conferir los empleos y cargos de que se habla. Decía arriba que en las Cortes, al discutirse los efectos de las penas, se tocó el tema en cuestión y, si no era entendimiento común y corriente²⁴⁷, al menos dentro de la comisión redactora y en el círculo de los más avezados parlamentarios las ideas estaban tan claras como lo manifiesta esta respuesta de Calatrava a un oponente:

[...] En todo lo demas de la Monarquía muere civilmente, pierde todos sus derechos: es interés público que los pierda, es interés para su misma familia; pero en el sitio de su deportacion, [...] no sólo puede ser zapatero, sino tan ciudadano como S. S. y como yo, puesto que la comision dice que por medio del arrepentimiento y enmienda puede obtener la gracia expresada [...]²⁴⁸.

Esta otra intervención del *exaltado* Romero Alpuente marcha por los mismos derroteros:

No se trata ahí sino de una deportacion ó destierro, y dice la comision: “allí se les darán á tales reos trabajos ú ocupaciones”; pero no fija ni debe fijar las que han de ser, porque los deportados han de estar, digámoslo así, libres, aunque bajo la dependencia de la autoridad. Si son sastres ó peluqueros, y hay quien quiera que le hagan algun vestido ó le peinen, lo harán, pero no en clase de pena. Así, creo debe aprobarse este artículo²⁴⁹.

Y así fue *aprobado en efecto*²⁵⁰, aunque mejor hubiera parecido no fiar a la exégesis algo que muy bien pudo haberse llevado a la ley²⁵¹: *los deportados han de estar libres, aunque bajo la dependencia de la autoridad*. Otra solución no cabía suponer conforme al material propuesto por la comi-

247 Adviértanse las vacilaciones de Martínez de la Rosa en *DSC* 1821-1822, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1377.

248 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1393.

249 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1378. Otra alusión a la vida en libertad restringida, exenta dentro de la demarcación, viene igualmente dada, en sede de muerte civil, por el propio Romero Alpuente al referirse al supuesto en que “[...] la mujer quiere irse con su marido á la deportacion, como puede, segun ha reconocido la comision” (*ibidem*, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1395).

250 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1378.

251 Y hay constancia de que a los redactores se les pidió mayor afinación, según cuenta su propio portavoz preferente, Calatrava (*DSC* 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1389).

sión parlamentaria, el cual, sin otra modificación que la de sustituir *colonia* por *posesion*, cobró al cabo rango de ley: la obtención de derechos, empleos y hasta cargos, la posibilidad reconocida al cónyuge de acompañar voluntariamente al reo en su deportación (que es *para siempre*, recordemos) están hablando de una vida normalizada en libertad, no penitenciaria, aunque ajustada a los límites geográficos que conformen la pena y, de necesidad, a un cierto control ejecutivo.

En verdad, la circunstancia de que en los Proyectos de 1830 y 1834 la deportación tuviera que ser *siempre con destino a obras públicas u otros servicios de piedad o utilidad común*²⁵² dificulta la interpretación de una existencia confinada para el reo, pero más o menos libre dentro del ámbito o perímetro isleño, como atenta a sus propias economías; y no mucho más es lo que puede extraerse de la parquedad expresiva de los comisionados acerca del giro que quisieran haberle dado a esta pena: parecen estar primando un factor utilitario que en buena lógica habrá de redundar en mayor estrictez disciplinaria, aunque es lo cierto que, dentro de la *parte especial* de 1830 se distingue muy bien la deportación interesante a los efectos de este estudio, *deportación a una isla*, de la pena prevista para quienes “[...] serán confinados [...] a una isla reclusos en una fortaleza”²⁵³, que ya entra dentro de otra categoría.

La redacción dada por Sainz de Andino al precepto que le reserva en su propuesta de Código resulta algo más descriptiva: en la isla designada los reos serán “[...] puestos a disposición del primer Jefe civil de ellas, bajo cuya vigilancia estarán en el lugar que se les señale para su residencia, ocupándose necesariamente en algún oficio o modo de vivir análogo a su capacidad física y moral”²⁵⁴, pero bien entendido que no se trata de aquel trabajo en presidios y arsenales sujeto a la vergüenza pública, *ornado* con grillete y cadena²⁵⁵: sólo el deportado, tan civilmente muerto como el presidiario, puede “[...] reservar para sí las ropas de su uso, y además gravar la porción de bienes de que pueda disponer sin perjudicar a las legítimas de sus herederos forzosos con una pensión alimenticia durante su vida”²⁵⁶, como que ha de afrontar una vida que –esto sí: partiendo prácticamente de cero– se le permite rehacer en el lugar de su deportación. En tal empresa habrá de verse sometido a la

252 Arts. 71 y 94 PCC 1830 y PCC 1834, respective.

253 V. gr., art. 230 PCC 1830.

254 Art. 50, párr. 2º, PCC 1831.

255 Arts. 55, 2º párr., y 56, 2º párr., PCC 1831.

256 Art. 53 PCC 1831.

vigilancia de ese jefe civil con sus subalternos, celadores de una conducta que conviene supervisar, encauzar y, en su caso, prevenir, tanto que, obtenido el indulto, los deportados todavía “[...] estarán sujetos a la vigilancia especial de las autoridades por todo el tiempo de su vida, a menos que el mismo indulto o por gracia especial posterior se les dispense de esta sujeción”²⁵⁷. No obstante la lectura intuitiva, tampoco Sainz de Andino acierta a dotar de inequívoca consistencia este extremo.

Sólo un término del binomio –la acción vigilante, sin el contrapeso de la permanencia en libertad– parece preocupar a los codificadores del Proyecto de 1845: en su relegación, “el penado estará sujeto a una estrecha vigilancia de la autoridad civil, para lo que se darán las órdenes oportunas”²⁵⁸. A primera vista o –mejor– a la vista de la letra del Proyecto, da la impresión de que se quiere un relegado lo mínimamente libre como para no transformar su pena en un artificio privativo de libertad, pero oprimida ésta por una vigilancia de la autoridad civil que se ordena estrecha. No obstante, tal vez no haya aquí sino falta de tino al describir la punición que se pretende, porque los individuos de la comisión sí muestran cierta claridad de ideas al darle vueltas a la articulación legal del castigo, inquietos, en resumidas cuentas, ante los problemas que incuba esa conservación de la libertad insoslayable si el relegado no ha de ser más que relegado, *dejándole hombre libre en su demarcación*²⁵⁹, si se pretende respetar, sin divorcio entre significante y significado, la inmanencia de este castigo: “el relegado no va con grillos ni está en una cárcel. ¿Quién le impide, pues, que se marche?”²⁶⁰ –se desazonan–: no cabe alejar más esta pena de las de trabajos forzados, si geográficamente coincidentes, estigmatizadas con la tétrica *cadena al pie pendiente de la cintura o asida a la de otro penado*²⁶¹. Por fin, el Código Penal de 1848 puede considerarse eficazmente explícito:

Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo vigilancia de la Autoridad, á su profesion ú oficio dentro del radio á que se extiendan los límites del establecimiento penal²⁶².

Sabedor de la teoría, la cual puede admitir deportación en libertad o sin ella (mas ¿esto no es parar en el presidio o la cadena, sin otro acciden-

257 Art. 101 PCC 1831.

258 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64, párr. 2º).

259 ABENIA TAURE, *Memorias...*, pp. 30-31.

260 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622 (palabras de Manuel Cortina, presidente).

261 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 559 (art. 52).

262 Art. 102, párr. 2º, CP 1848.

te que una descomunal lejanía?), con claridad superior al Código lo explica Pacheco, afirmado en la alternativa llevada a la ley española²⁶³: “en esta pena no hay encierro [...]. Los límites que contienen al deportado son los de la isla o región a donde se le destierra”, esto es que “la verdadera penalidad de este castigo consiste en vivir a millares de leguas de la patria, sin poder, mientras dure, tornar a ella”²⁶⁴ (mas allá “conserva la mayor parte de nuestra libertad”, sin encerramiento²⁶⁵). Radicando, pues –según observan La Serna y Montalbán–, “[...] en una provincia ultramarina, al lado de la familia que tuviese ó de la que allí se creara, pudiendo dedicarse libremente á su profesion ú oficio, y sin otra restriccion que la de no poder salir de los límites del establecimiento penal á que hubiese sido destinado”²⁶⁶. Parigualmente, en Viada, “[...] libremente, sin estar sujeto á encerramiento de ninguna clase, puede dedicarse el penado á su profesion ú oficio, ó vivir, sin necesidad de trabajo, con el producto de sus rentas si las tuviere”²⁶⁷, inteligencia ésta que desata la indignación de Navarro de Palencia ante “[...] la ligereza con que comenta Viada, [...] cosa que no le hubiera ocurrido, seguramente tomándose el trabajo de leer las atinadísimas observaciones de Silvela ó las disposiciones que regulan la materia”²⁶⁸: sin embargo, en el plano puramente legal, Pacheco, Viada o La Serna y Montalbán tienen razón, su lectura es impecable y, de momento, no abandonamos ese nivel; sólo más adelante, cuando se entre en el desarrollo reglamentario y en la práctica administrativo-penitenciaria, procederá atender a las puntualizaciones de Silvela –quien, de hecho, procede así, del *deber ser* al *ser*– y de Navarro de Palencia. Ni en 1850 ni en 1870²⁶⁹, tampoco en los textos posteriores a éste²⁷⁰, se modificó dicha cláusula, que parece remitir, sin necesidad de forzar para ello una analogía, a la pena autónoma de sujeción a

263 PACHECO, *Estudios...*, pp. 295-297.

264 PACHECO, *El Código...*, pp. 453-454.

265 RUEDA NEIRA, *Parte artística...*, pp. 18-19, 32.

266 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 131.

267 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 151.

268 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 594.

269 Arts. 102, 2º párr., CP 1850; 111, 2º párr., CP 1870. Tampoco pretendió alterarla el 102, 2º párr., PRCP 1869.

270 Arts. 98, párr. 2º, CPC 1875; 109 CPCPR 1879; 108, párr. 2º, PRCP 1880; 99, párr. 2º, PCP 1882; 110, párr. 2º, CPF 1884; y 55, párr. 2º, PCP 1884. Y sobrevive a la criba que, en sus respectivos textos preparatorios, pretenden Bernaldo de Quirós (art. 54, párr. 2º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571) o SALDANAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 2º, ACP 1920).

la vigilancia de la autoridad; sin embargo, reparemos en que, quedando suprimida en 1870, este transvase de contenido sólo sería posible bajo el ordenamiento de 1848 y 1850 o, para sus concretos entornos, bajo el adaptado por partida doble a los restos del Imperio, e incluso según el plan de reforma de 1869, embrionario del subsiguiente Código, pero mantenedor aún de la pena de vigilancia. Al glosar aquel corpus de 1870, Santamaría de Paredes ofrece las siguientes deducciones: “en el Código de 1850 existía la pena accesoria de ‘sujeción á la vigilancia de la autoridad’, pero habiendo desaparecido esta en el Código vigente, tal vez porque fuese un medio de cometerse ciertos abusos, no se pueden interpretar con precisión las palabras de este artículo, si bien creemos que significan que el relegado no pueda mudar de domicilio sin permiso de la autoridad competente”²⁷¹. Así es, sin duda, pero también algo más: básicamente, la fiscalización del desempeño de algún oficio o empleo y de un comportamiento acorde con la ley, las buenas costumbres y las órdenes de la misma autoridad. En 1848 y 1850 el encargo a la autoridad de una especial vigilancia sobre el relegado tuvo aún otras concreciones: así, cuando a la relegación perpetua se le impone accesoriamente una *sujeción á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal*²⁷², locución donde sólo el segundo término debe considerarse accesorio en rigor; igual ocurre con la temporal, recargada con *sujeción á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella*²⁷³: tampoco aquí es accesorio el primer término, a la vista de aquella locución, *bajo vigilancia de la Autoridad*, positivada con esencialidad al tratar de la ejecución y cumplimiento de esta pena²⁷⁴. De todas estas referencias y utilizaciones accesorias de la *sujeción a vigilancia* se acabó prescindiendo, llegado 1870, a consecuencia de su extracción de la escala general de penas²⁷⁵, aunque preservado, como no podía ser menos, el carácter nuclear de la vigilancia gubernativa dentro del engranaje ejecutivo de la relegación. Bajo este aspecto ahora contemplado, especialidad es la relegación a que en 1896 se somete al quebrantador del extrañamiento gubernativo para anarquistas autorizado por cierta ley de excepción: “[...] pena de relegación á una colonia le-

271 SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios...*, p. 348.

272 Arts. 54 CP 1848 y CP 1850.

273 Arts. 57 CP 1848 y CP 1850.

274 Arts. 102, párr. 2º, CP 1848 y CP 1850.

275 Art. 26 CP 1870.

jana [...], quedando allí sujeto al régimen disciplinario que, según la conducta que observe, consideren indispensable las Autoridades militares”²⁷⁶.

La expresión de la vigilancia operable sobre la libertad del relegado hubo de variar, por supuesto, en el Código de 1928, que ya era otro –y la pena, nuevamente llamada *deportación*–, pero en él se mantuvo el mismo espíritu, con mayor nitidez si cabe:

[...] permanecerán en libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad, dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establezcan²⁷⁷.

Se echa de ver que la expresión de un régimen que haya de conjugar libertad con vigilancia ha ido de menos a más, desde el ordenamiento del *Trienio constitucional*, en el cual la claridad de ideas que, a juzgar por las intervenciones parlamentarias, demuestran poseer los redactores no se plasmó satisfactoriamente en el texto legal –debido acaso a insalvables recelos de ciertos diputados–, atravesando los primeros proyectos del siglo, hasta las especificaciones de 1848 y, mejor todavía, de 1928, cuya compensación de ambos términos recoge aún el Anteproyecto de 1938, en esto al menos rotundo: “[...] permanecerán en completa libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad”²⁷⁸.

Retrotrayéndonos a la deportación y la relegación alfonsíes, nos falta en su definición cualquier atisbo de un régimen de vida prevenido por el legislador. Si acudimos a alguna norma que de algún modo se pueda vincular con estas penas ensambladas en las Partidas, encontramos un mandato en el sentido de que los reos “[...] vayan à servir à la Isla Española, en las cosas que el nuestro Almirante les dixere, ò mandare por el tiempo que avian de estàr en la dicha Isla, i labor de metales; [...] para estàr allì; ì que hagan lo que por el dicho Almirante les fuere mandado [...]”²⁷⁹, o bien prescribiendo que los que “[...] hubieran de ser desterrados ‘in metallum’ sean enviados a la Isla

276 Art. 4º, párr. 3º, de la “Ley estableciendo por tiempo limitado y con varias restricciones, penas especiales que se aplicarán por la jurisdicción militar contra los autores de los delitos que se cometan empleando sustancias ó aparatos explosivos ó materias inflamables, y concediendo autorización para suprimir periódicos y Centros anarquistas y para extrañar del Reino á los que de palabra ó por escrito propaguen ideas anarquistas ó formen parte de las Asociaciones comprendidas en el art. 8º de la ley de 10 de Julio de 1894”, de 2 de septiembre de 1896, en *CLEAC* 160, disp. 7, pp. 60-62.

277 Arts. 175 CP 1928 y 190 PCP 1927.

278 Art. 82, párr. 1º, AFCP 1938.

279 RLR, VIII.24.1.

Española para servir en lo que Colón dispusiese”²⁸⁰, todo lo cual nos sugiere unos trabajos forzados o públicos que piden la guarda y custodia del sometido a ellos y que, por otra parte, se saben ajenos tanto a la deportación romana como a la codificada, pero muy característicos en su esencia de la deportación europea del siglo XIX²⁸¹. Si, a propósito, el referente que tomamos es el del Derecho original, ahí está Mommsen para ilustrarnos: “por regla general, se dejaba al confinado libertad de moverse dentro de la localidad señalada para el confinamiento; sin embargo, también encontramos casos en que los deportados quedaban sujetos á la vigilancia militar”²⁸², pero esto de un modo u otro, con mayor o menor precepción, siempre ha de aparecer en una pena que se cumple en las de suyo militarizadas colonias; así ha de ser al menos en una de las dos facetas de la vigilancia de la autoridad que contrapesa la vida libre del relegado en todos los Códigos positivos españoles: cabe la supervisión comportamental, la de aseguramiento del reo, si garantido más o menos por la geografía y la carestía de comunicaciones²⁸³, siempre reforzado por unos servicios o funciones de patrulla costera que atenderán no tanto a la fuga del condenado por sus propios medios cuanto a la ayuda que pueda llegarle del exterior. Entonces,

¿Deben quedar libres en sus personas y acciones, pero sujetos á cierta vigilancia, para evitar la fuga? Este es el procedimiento propio para los delitos políticos, establecido en nuestro Código penal [...]”²⁸⁴.

Si no hubiera de quedar en libertad vigilada –así lo evidenciaba Armengol–, sino puesto *a buen recaudo*, casi representarían un sinsentido las molestias de trasladar al reo a tanta distancia para quedar encerrado, entre muros y rejas, igual o con menos seguridad que pudiera estarlo en la Península²⁸⁵... Es éste un elemento que tiene mucho que ver con el sentido que se dé al trabajo en la colonia: si es un trabajo meramente sustentador del reo, libre para subvenir a sus necesidades personales, o también tratándose de labores colonizadoras, habrá de permanecer en libertad; si las faenas a las

280 Cfr. nota IV/127.

281 Consúltese, por todos, CADALSO, *La pena...*, pp. 5-13, 19-21, 34-36.

282 MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 417.

283 Atiéndase, por ejemplo, a Lourdes DÍAZ-TRECHUELO, *Filipinas, la gran desconocida (1565-1898)*, pp. 294-297.

284 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 79 (además, *ibidem*, pp. 82-83).

285 Véase ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 78.

que se le dedica son un remedo de los trabajos públicos o forzados que se imponen en la Península, parece que esto pide su reclusión fuera de las horas de faena; no es tal el caso, nunca, de la legislación española, y sólo en algún proyecto se deja atisbar el muy aflictivo trabajo forzoso en beneficio del Estado (decididamente, en los de 1830 y 1834, o quizás en el de 1902, dudoso, con todo, por faltar cualquier concreción ejecutiva). El régimen de vida en libertad, aunque bajo vigilancia, no se muestra explícito en el ordenamiento penal decimonónico hasta 1848, pero se le sabe informando la idea de esta pena ya desde 1822, porque en los debates parlamentarios sobre el proyecto de articulado es punto varias veces puesto en limpio. No otra cosa entienden comentadores y prácticos, la doctrina coetánea de los Códigos con relegación en su arsenal punitivo: vida libre para el reo, aunque confinada en ultramar y sujeta a vigilancia.

B] Contenidos accesorios

Bien dicen García Goyena y Aguirre que la relegación o deportación “[...] es perfectamente *divisible*, tanto en su duración como en su intensidad”²⁸⁶: de ahí, de esta segunda variante, entre otras cosas, dimana la diversidad de accidentes punitivos con que ha aparecido legislada. Por definición, el contenido que sea accesorio será además contingente, alterable siquiera –por más que acabe inalterado–; yendo adelante, de aparecer con constancia, cabría ya al menos el debate alrededor de la indefectibilidad del elemento en cuestión: sin embargo, ninguno de los que restan por ver ha permanecido estacionario en cada una de las promulgaciones sucedidas, lo que ya es índice en cierto modo de una accesoriedad. Así entendido, voy a exponer ese componente no esencial que se le fue anejando –o se pretendió– a la deportación o relegación por los sucesivos codificadores, atento a cada una de las soluciones, con independencia de su mayor o menor fortuna, desde una confiscación de bienes que sólo accede a esta institución penológica en el Proyecto *Sainz de Andino* hasta las preponderantes inhabilitaciones absolutas que se impusieron en 1848 para declinar sólo con la promulgación del Código republicano de 1932; junto a ello debe colocarse el trasvase de elementos que alguna vez se han tenido por substanciales a la deportación –la muerte civil en el Derecho romano, el trabajo público en el Derecho comparado–, pero que dejan de serlo

²⁸⁶ GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 147-148.

en el ordenamiento español o que apenas lo son en concretos instantes de su codificación.

a) La muerte civil

La Pragmática de 13 de marzo de 1771 tenía abolida la perpetuidad en las penas reclusivas²⁸⁷, aunque no, conforme a la letra de la ley, para las penas en general, pese a lo tantas veces afirmado desde entonces²⁸⁸. Es lo cierto que dicha norma no viene a abolir absolutamente las penas perpetuas, al menos en su expresión (“que atendida la penalidad y afan de estos trabajos cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los Tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno”²⁸⁹); antes y a ojos vistas, la limitación no tenía en principio por qué afectar a destierros ni, mucho menos, a extrañamientos: nada empecía la aplicación de la muerte civil. Sea como fuere, sólo unas décadas más tarde y por influjo del Código francés de 1810, la reafirma el ordenamiento, rediviva en el efímero Código de 1822, aquél en que hay –la sabrosa recensión de Pacheco ha hecho fortuna– *algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoleón*²⁹⁰; y es que, aunque en la línea atenuada de las Leyes de Toro (que facultaban al que va a ser deportado para disponer *mortis causa* de sus bienes), retornaba la deportación armada con la terrible muerte civil. En el Derecho del Antiguo Régimen, subsistente, según es bien sabido, hasta muy entrado el siglo XIX, deportación y muerte civil compusieron un tándem indisociable cuya conjunción vino regulada por las leyes de Partidas y de Toro. Íntimamente unidas una y otra consecuencia jurídica del delito aquí y en su origen romano²⁹¹,

287 NRLE, XII.40.7 y 15. Asimismo, la “Ordenanza general de los Presidios del Reino”, de 14 de abril de 1834 [OGPR 1834], en *CLRDO* 1 preliminar., pp. 335-389, art. 316.

288 V. gr., Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. III, p. 143.

289 NRLE, XII.40.7.

290 PACHECO, *El Código...*, p. 83. Asimismo, ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 73.

291 Por lo que hace a su entronque con la *capitis deminutio*, véase TORRES AGUILAR, “La pena...”, pp. 751-773. Para su trasplante hispano, Jesús VALLEJO, “Vida castellana de la muerte civil”, *Historia. Instituciones. Documentos* 31 (2004), pp. 671-685. En general, váyase a NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 95 y ss.

cuando la muerte civil no había de acompañar a la traslación ultramarina del reo, ésta devenía ya en otra cosa no subsumible bajo el rótulo de deportación, en otra cosa del mismo género, sí, pero de diferente especie: la relegación. La esquemática correlación hubo de conservarse en la deportación modernizada mientras continuó siendo pena perpetua, por ello, para penetrar su consonancia, se impone antes adentrarse lo imprescindible en la idea y configuración que de la muerte civil se tuvo en el Antiguo Régimen, sin perjuicio de que, al descomponer los diversos aspectos de la deportación ya en el Derecho codificado, se haga memoria, en aras del cotejo, de este ordenamiento que aquél venía a sustituir. Principio quieren las cosas y el de una exposición de la muerte civil conforme al magno corpus bajomedieval pasa por recuperar la propia definición de deportación, la cual –téngase muy presente, pues no es casual que así fuese– venía introducida como definición de aquella muerte llamada civil; o sea: muerte civil era igual a deportación y deportación igual a muerte civil²⁹².

Civil muerte es dicha una manera que hi ha de pena, [...] quando destierran alguno para siempre, et le envian á alguna isla ó á algunt otro lugar cierto onde nunca salga, et le toman demas todos sus bienes: et este atal es llamado en latin *deportatus*²⁹³.

Sigamos recordando que esto debía ser integrado con la partida VII en su innominada pena tercera²⁹⁴ y que tal construcción hacía correr en paralelo una *relegatio*²⁹⁵ que, consistiendo en la compartida expulsión y remoción del culpado hasta un punto retirado en extremo, veáse libre en cambio, como limitada en su temporalidad, de la severa muerte civil. Entonces, ¿es la muerte civil esencial o accesoria a la deportación? Digámoslo sin ambages: históricamente ha sido consubstancial a ella en cuanto pena perpetua que *extirpaba* al individuo de su grupo²⁹⁶; bajo la hégira de la Codificación no puede ser tenida la muerte civil sino como accidental a la deportación, pues, sobre que ésta se admite ya en una versión temporánea no exigente de muerte civil, lo realmente acaecido es la fusión en una sola figura de las antiguas *deportatio* y *relegatio*, con hegemonía de los caracteres de la segunda: cuando el envío y confinamiento distante del condenado deja de ser perpetuo, se desembaraza

292 Véase VALDÉS, *Diccionario...*, p. 357.

293 *Partidas*, IV.18.2.

294 *Partidas*, VII.31.4.

295 *Partidas*, IV.18.3-4 y VII.31.4, pena quinta.

296 Reléase la doctrina de Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 68.

de la muerte civil y en puridad debería hablarse ya exclusivamente de relegación, mas, como los sucesivos codificadores no se atuvieron a ello y más de una vez conservaron el vocablo *deportación*, podemos concluir que la muerte civil ha dejado de serle esencial, salvo que concurra una perpetuidad no sólo nominal, sino efectiva, sin acabar paliada por otras disposiciones legales que a la larga supongan corrección o lenificación generalizada de ese planteamiento vitalicio. Por otra parte, a través del Fuero Real y de la legislación toresana veremos cómo “las sucesivas modulaciones de la institución [...] suponían en cierto modo el proceso de su descomposición histórica”, puesto que “la historia castellana de la muerte civil es la historia de la negación de sus efectos sucesorios, desde luego los más visibles o inmediatos”²⁹⁷, en el sentir de Jesús Vallejo, cuya monografía desenvuelve con la deseable profundidad el examen del proceso. Pero retomemos la susomentada partida IV, en la ley II de su título XVIII (“Cómo se tuelle el poder que ha el padre sobre el fijo por juicio de desterramiento, á que llaman en latín *mors civilis*”), a fin de comprobar tales distingos por sus pasos contados:

Civil muerte es dicha una manera que hi ha de pena, que fue establecida en las leyes contra aquellos que facen tal yerro por que merecen seer juzgados ó davnados [...] á esta muerte que es llamada civil, desátase por ella el poder que habie este atal sobre sus fijos, et salen por ende de su poder. Et como quier que el que es deportado non sea muerto naturalmiente, tienen las leyes que lo es quanto á la honra, et á la nobleza et á los fechos deste mundo: et por ende non puede facer testamento; et aun si lo hobiese ante fecho, non valdrie²⁹⁸.

A continuación, en su ley III, establece la partida “por cuál manera de desterramiento non salen los fijos de poder del padre” y lo hace con el siguiente tenor:

Relegatus en latin tanto quiere decir en romance como home condepnado et otorgado á pena por algunt mal fecho que fizo, á quien mandan que vaya morar á algunt logar para siempre ó para tiempo cierto, mas non le tuellen los bienes que ha. Et este atal que es asi llamado, maguer semeja como desterrado, por todo eso non pierde el poder que ha sobre sus fijos nin sobre los otros sus bienes, nin pierde su nobleza nin su libertad,

297 VALLEJO, “Vida...”, pp. 680-681.

298 *Partidas*, IV.18.2; así como VI.1.15: “judgado seyendo algunt home á muerte por yerro que hobiese fecho, pues que tal sentencia fue dada contra él, non podrie facer testamento; et eso mesmo decimos del que fuese desterrado para siempre en alguna isla sil tomase el rey todo lo suyo”; asimismo, VI.1.18 y 19.

nin se le embarga por esta razon que non pueda facer testamento, nin debe haber otra pena por razon de tal desterramiento, fueras ende si aquel que da la sentencia contra él le manda perder alguna cosa señaladamente: et otrosi que non debe salir de aquel lugar do le enviaron sin mandado de aquel quel judgó. Et todas estas cosas sobredichas otorgaron los derechos á este atal, porque como quier que es judgado á esta pena, non es muerto civilmente, asi como deximos de los otros²⁹⁹.

Lo cual es decir que el meramente relegado, con haber sido expelido de la metrópoli, de la Castilla de su tiempo, y arrojado a ultramar, remotamente confinado, no queda ni se le considera muerto civilmente; ¿por qué?: porque podrá volver, si lo desea, cuando extinga esta pena y hallará a su disposición los mismos derechos civiles que corresponden al resto de compatriotas. Mas el deportado no regresará jamás, no extinguirá su castigo sino con la muerte física y verdadera; no puede, por ende, conservar los hijos bajo su poder (a menos que libremente le acompañen a su exilio –se prevendrá en las Cortes liberales del *Trienio*³⁰⁰–), ni sus bienes ni el resto de derechos civiles que ya nunca va a tener oportunidad de ejercitar dentro de la comunidad matriz, aunque sí allá donde desenraizado vaya. La cohesionada construcción de tal teoría, de un desenvolvimiento nítido y en principio nada problemático, procede directamente del Derecho romano, pero lo cierto es que ésta, como toda institución, responde a un modelo progresivo, desarrollado por la tradición jurídica castellana –así plantea Vallejo el tema– *en un arco cronológico que tiene su piedra angular en la cuarta de las Leyes de Toro de 1505*³⁰¹. El tránsito de la muerte civil desde la Antigüedad romana hasta el España moderna había sido muy didácticamente reducido a sistema por García-Gallo, y no sólo desde la adaptación alfonsí, que no es sino uno de sus estadios (aunque enlazador con el enunciado primigenio); antes bien, yéndose a la *servitus poenae* –como analogía de la esclavitud– de la Roma clásica, pasando por la *capitis minutio* postclásica y la germánica *pérdida de la paz*, hasta el rescate de aquel castigo romano en que consiste la recepción llevada a cabo por las

299 *Partidas*, IV.18.3; y completa VI.1.15 (cfr. nota precedente): “[...] mas si non le tomase lo suyo ó fuese desterrado por tiempo cierto, bien puede facer testamento de los bienes quel fincaron”.

300 V. gr., *DSC 1821-1822*, t. II, n^o 88, ses. 21-XII-1821, p. 1394: “así, pues, nada se ha dicho acerca de que la mujer, los hijos, la familia no puedan seguir al deportado, si quieren, al sitio de su deportacion. [...] Si la mujer, los hijos, la familia entera quieren irse con el que ha de sufrir la pena de deportacion pueden hacerlo libremente” –Vadillo *dixit*–.

301 VALLEJO, “Vida...”, p. 671.

Partidas, luego remodelada con espíritu atemperante en las Cortes de Toro³⁰². Prestemos atención a este último capítulo, puesto que ésta será la muerte civil –y ésta será la deportación– que encuentre acceso al Código de 1822, no sin antes haberse mantenido en las dos grandes recopilaciones de la España moderna³⁰³: volviendo a Vallejo, “la ley cuarta de Toro podía efectivamente contemplarse como el punto de arribada de toda una serie de normas tendentes a la suavización del régimen que se tenía por originario de la muerte civil”³⁰⁴, *punto de arribada y piedra angular*, pues:

Mandamos que el condenado por delicto á muerte civil, ó natural; pueda facer testamento y codicillos, ó otra qualquier ultima voluntad, ó dar poder á otro que lo faga por él, como si no fuese condenado: el qual condenado, y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delicto fueren confiscados, ó se ovieren de confiscar, ó aplicar á nuestra camara, ó á otra persona alguna³⁰⁵.

Contrastada con su antecedente en las Partidas, se observa que el concepto en sí varía en su misma substancia: muere civilmente el reo, pero no al dictado de la sentencia; ahora se le concede el plazo preciso para realizar el último acto que la ley penal está dispuesta a permitirle: la disposición *mortis causa* de su patrimonio, testamentifacción mediante, y, reteniendo la activa, llega a entenderse que asimismo la pasiva, porque, autorizando la ley lo más, se entiende que autoriza a la par lo menos³⁰⁶. Mas esto, a decir del profesor Vallejo, no hacía sino dar carta de naturaleza legal a una interpretación doctrinal y jurisprudencialmente elaborada sobre una de las cláusulas del Fuero Real (“establesçemos que los que [...] fueren siervos, o los que fueren iudgados a muerte por cosa atal que deuen perder lo que an [...], que non fagan mandas e las fizieren non ualan”³⁰⁷) *sensu contrario* considerada: la prohibición o invalidez de las disposiciones sucesorias era interpretada a su luz laxamente, dejando al reo de muerte, física o civil, la facultad de disponer de

302 Alfonso GARCÍA-GALLO, *Estudios de Historia del Derecho privado*, pp. 133-134.

303 RLR, V.4.3; y NRLE, X.18.3.

304 VALLEJO, “Vida...”, p. 672.

305 “Leyes de Toro”, IV (pasa últimamente a NRLE, X.18.3). Véase NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 184-186.

306 Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios á las Leyes de Toro segun su espíritu y el de la legislacion de España*, p. 74, VALDÉS, *Diccionario...*, p. 214.

307 “El Fuero Real...”, III.3.5.

aquella parte de su caudal que dejase de confiscarse. Reconociendo, entonces, la innovación al Fuero Real y sólo la puesta en claro a la ley toresana, “resultaba factible de este modo trazar una línea de continuidad institucional para el peculiar régimen castellano de la muerte civil, no ya desde 1505, pasando por 1567, hasta (al menos) 1805, sino con punto de origen en los años cincuenta del siglo XIII, y con el tramo inicial, el más débil, sólidamente apuntalado”³⁰⁸. Respecto al final del *ciclo vital* de la muerte civil, que Vallejo sitúa hacia *al menos 1805*, ya en las sesiones trienales de debate sobre el Código, abonando Calatrava la muerte civil, recuerda a sus colegas su bien reciente aplicación por el poder absolutista en la persona de alguno de los diputados presentes, *sin más crimen que su patriotismo*³⁰⁹.

Todavía restaba, así, un cierto recorrido a la muerte civil, puesto ya a liquidación el Antiguo Régimen, en lo que habrá de constituir su postrer rebrote, acaso sin solución de continuidad, de acuerdo con Calatrava. Bajo la inspiración del Código napoleónico³¹⁰, hicieron ponencia los redactores del Proyecto de 1821 –y lograron incorporarla al definitivo Código consecutivo– de una deportación todavía *a la antigua*³¹¹, con todo el riguroso aparejo de la inveterada muerte civil vernácula, llenándola con un contenido que, sin serle esencial –por los motivos que se verán y que provienen de su *vida castellana*–, acude a configurarla de modo radicalmente constitutivo. Sea con la implícita permisión del Fuero, sea con la concreción toresana, ya por esta vía nacional, ya importada de la vecina Francia, lo interesante a nuestro intento es que esa muerte civil *de menor cuantía* vendrá a parar al primer Código articulado de nuestro país. No hay duda de que la mayor polémica concerniente a esta pena en aquellas sesiones preparatorias del corpus de 1822 radicó en esta consecuencia de muerte civil, anejada desde el Dere-

308 VALLEJO, “Vida...”, pp. 678-679. Consúltese Sancho LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, p. 132.

309 “En el Congreso hay alguno que condenado, aunque sin más crimen que su patriotismo, ya que no se le pudo hacer sufrir la pena que se impuso por haberse podido refugiar en un Reino extranjero, se le consideró como muerto civilmente, y pasaron sus bienes á sus sucesores como si realmente hubiera fallecido” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1396).

310 GARCÍA-GALLO, *Estudios...*, p. 134; no obstante, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, p. 108.

311 De hecho, José María Calatrava invocó esa raigambre romana –también su fortuna en el Derecho comparado– de la *mors ciuilis* (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1396).

cho romano a la deportación y característicamente asentada, con paliativos, durante el Antiguo Régimen, una institución punitiva con la que, en vista de tal prosapia, a más de un representante en el Congreso se le hacía duro transigir. Ello no obstante, el precepto planificado y objeto de sustanciosa polémica parlamentaria³¹² se plasmó con escasas variaciones en la norma legal³¹³:

Los reos condenados á trabajos perpetuos, deportacion ó destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, despues de nueve dias contados desde la notificacion de la sentencia que cause ejecutoria; los cuales se les conceden para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo á las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias á que estuvieren sujetos; entendiéndose que podrán llevar consigo en dinero y muebles todo aquello que les seria lícito disponer por testamento, aun teniendo herederos forzosos. Pasado dicho término sin testar ni disponer de sus bienes, acciones y derechos, todos los que hubiere poseido en España pasarán á sus herederos legítimos como en el caso de abintestato [...] ³¹⁴.

Ésta fue la redacción definitiva, donde resultan plausibles tanto la adición de que se les permita llevar sus bienes de libre disposición –esto no estaba en el Proyecto– como la sustitución de la referencia a los bienes que *hubiere poseido* en general, según el Proyecto, por la más realista y ajustada de *los que hubiere poseido en España*. Manteniendo esta salvedad y res-

312 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1391-1397.

313 Se cierra su examen por las Cortes, según la noticia del DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1397, con un contundente “habiéndose votado el artículo por partes, fué desaprobada la primera, no procediéndose por lo mismo á votar las restantes”. Reaparece el precepto entre las nuevas “Reformas que la comision del Código penal propone en los artículos del titulo preliminar...”, en DSC 1821-1822, t. III, nº 111, ses. 14-I-1822, p. 1801; pues bien, el art. 54 PCP 1821 cobra así el tenor promulgado sin perder –solamente soportó añadidos– ni una siquiera de sus expresiones, aunque reenumerándose luego como 53 CP 1822.

314 Art. 53 CP 1822 (y 54 PCP 1821: “Los reos condenados á trabajos perpétuos, deportacion ó destierro perpétuo del Reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, despues de nueve dias contados desde la notificacion de la sentencia que causa ejecutoria, los cuales se les conceden para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo á las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias á que estuvieren sujetos. / Pasado dicho término sin testar ni disponer de sus bienes, acciones y derechos, todos los que hubiere poseido pasarán á sus herederos legítimos como en el caso de *ab intestato* [...]”).

petando los efectos connubiales de orden civil cuando un consorte sigue al otro³¹⁵, continúa el mismo precepto:

[...] El reo perderá en ella todos los derechos de la patria potestad y los de la propiedad, excepto en lo que lleve consigo; y si estuviere casado se considerará disuelto el matrimonio en cuanto á los efectos civiles, y el otro cónyuge y los hijos y sucesores entrarán en el goce de sus derechos como en el caso de muerte natural. Pero la espesada disolucion del matrimonio no tendrá efecto ó dejará de tenerle, siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en su destierro ó deportación [...]³¹⁶.

He aquí otra manifestación de la naturaleza restrictiva de libertad de esta pena, contra alguna interpretación errónea de ese mero sometimiento a la vigilancia y el control del jefe administrativo o la comprensión del establecimiento en el sentido de edificio carcelario en vez de como dominio o posesión de carácter colonial: el deportado puede partir con su familia a la que va a ser su perpetua residencia, pero no para sufrir allá un encierro que frustre ese acompañamiento que prevé la ley, y que prevé precisamente para destierro del reino (extrañamiento) y deportación, excluyéndolo con toda lógica para los trabajos perpetuos, los cuales, sobre cumplirse en la Península, se organizan bajo un régimen penitenciario. Concluye el Código de describir los alcances de la muerte civil:

315 Si bien, en un principio no se especificaba así, tampoco hay duda de que en la idea de los comisionados entraba este entendimiento, pues, ante el reproche de algún informante, había expresado Calatrava en la presentación del artículo “[...] para evitar dudas que cuando la comision dice que se considerará disuelto el matrimonio para los efectos civiles, no excluye de ninguna manera que si la mujer quiere acompañar á su marido deportado ó desterrado lo haga libremente: lo que ha querido prevenir es que si la mujer no quiere, ó no puede acompañarle, pueda entrar en la administracion de sus bienes, porque este hombre debe considerarse muerto para la sociedad” (*DSC* 1821-1822, t. II, n° 88, ses. 21-XII-1821, p. 1391); de manera que “[...] si el cónyuge libre quiere acompañar al deportado ó desterrado, la comision no halla inconveniente alguno ni comprende este caso, y está pronta á expresarlo en el artículo si se considera preciso” (*ibidem*, pp. 1391-1392), tal como se hizo.

316 Art. 53 CP 1822 (54 PCP 1821: “El reo perderá todos los derechos de la propiedad y los de la pátria potestad, y si estuviere casado, se considerará disuelto el matrimonio en cuanto á los efectos civiles. La mujer y los hijos, herederos y sucesores entrarán en el goce de sus derechos como en el caso de muerte natural [...]”), siempre sobre esa base de que, “[...] si se trata de la disolucion del vínculo, ni la comision puede proponerla, ni las Córtes decretarla; pero en cuanto á los efectos civiles, es cosa muy diferente” (*DSC* 1821-1822, t. II, n° 88, ses. 21-XII-1821, p. 1391). Consúltese NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 107-114.

[...] Desde el momento de la notificación de la sentencia será incapaz el reo de adquirir cosa alguna en España por razón de sucesión ni por otro título; pero el deportado podrá en el lugar de su deportación adquirir lo que gane por su trabajo ó industria. La gracia que conforme al artículo 144 obtenga el deportado para ejercer los derechos civiles ó alguno de ellos en el lugar de su deportación, no será nunca con respecto á lo pasado, sino únicamente para lo venidero desde la gracia en adelante³¹⁷.

El artículo, acremente impugnado, se calificó de *confiscación verdadera* y en *perpétua oposición con los sentimientos de la humanidad y derechos y obligaciones á que están ligados respectivamente padres, hijos y esposos*, pues “¿qué razón hay para que ninguna ley positiva humana pueda sobreponerse á las de la misma naturaleza, en que se fundan precisamente la potestad patria, los derechos del matrimonio y la propiedad especialmente?”³¹⁸. La comisión puntualiza, por voz de sus componentes, que la disposición controvertida circunscribe su ámbito a los efectos civiles en puridad de los referidos derechos familiares, sin extenderse nunca –tampoco podría ser de otra manera– a la intangibilidad de tales derechos –los vínculos marital, paterno-filial– como directamente emanados del Derecho natural; y agrega que, si esto se infiere por lógica jurídica, también dicta ésta que la muerte civil venga vinculada de necesidad a penas como la deportación en cuanto elemento inherentemente constitutivo³¹⁹: “aun cuando las Córtes no la establecieran, la

317 Art. 53 CP 1822 *in fine* (y el 54 PCP 1821: “Desde el momento de la notificación de la sentencia será incapaz el reo de adquirir cosa alguna en España por razón de sucesión ni por otro título; pero el deportado podrá en el lugar de su deportación adquirir lo que gane por su trabajo ó industria. / La gracia que conforme al art. 147 obtenga el deportado para ejercer los derechos civiles ó alguno de ellos en el lugar de su deportación, no será nunca con respecto á lo pasado, sino únicamente para lo venidero, desde la gracia en adelante”).

318 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1392-1393. Se trata de expresiones de Alejandro Dolarea y Juan Esteban Milla.

319 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1394-1396. A mayor abundamiento, “el hombre á quien se considera muerto civilmente, como el que sufre esta pena, es claro que no puede ejercer los actos civiles que la ley le concedía antes de este estado. No se le quitan los bienes; solo se anticipa la traslación de ellos á las mismas personas á quienes por su muerte natural habian de ir á parar”; y, aludiendo a “los efectos civiles que causan las sentencias en los infelices reos condenados á deportación”, se reprocha que “se quieren confundir con tales efectos los derechos y relaciones naturales de los mismos reos. No son estos vínculos naturales los que considera ni ha podido considerar la comisión jamás; ha hablado solo de los efectos civiles, que nacen de las relaciones civiles que tiene el hombre en sociedad, bien con la sociedad toda, ó bien con las personas unidas con más

pena perpétua llevaria consigo necesariamente los efectos de esa muerte”³²⁰. A la contra, Juan Romero Alpuente sacó a colación “[...] que si la mujer quiere irse con su marido á la deportacion, como puede, [...] y allí tienen hijos, estos hijos seran mirados como de ilegítimo matrimonio. Ni se alegue que el matrimonio no se disuelve en cuanto á los efectos espirituales, porque la legitimidad ó ilegitimidad es uno de los efectos civiles, y disolviéndose el matrimonio en cuanto á estos efectos, los hijos han de ser ilegítimos”³²¹, lo cual le lleva a proponer a la comisión y a la cámara que la pérdida de derechos civiles sea sustituida por la pérdida de los derechos de ciudadano³²², conjugando otra concomitancia de esta deportación de 1822 muy cercana al espíritu de la muerte civil: para el ordenamiento penal del *Trienio*, encontramos que, en virtud de la Constitución gaditana, “la calidad de ciudadano español se pierde [...] por sentencia en que se impongan penas aflictivas ó infamantes, si no se obtiene rehabilitacion”³²³.

Respecto a la cuestión de la propiedad, los contradictores achacaban la proximidad de las consecuencias anejadas a la muerte civil con una rancia y severísima pena que la norma fundamental –la gaditana de 1812– tenía proscrita: “tampoco se impondrá la pena de confiscacion de bienes”³²⁴. La

íntima conexion entre sí. [...] De la disolucion que se quiere suponer que hace la comision de estos vínculos naturales nada hay en el artículo, absolutamente nada”; además, “nadie ignora que nuestras leyes de Partida reconocen muerte civil en estas mismas penas. [...] Aun cuando las Córtes no la establecieran, la pena perpétua llevaria consigo necesariamente los efectos de esa muerte. ¿Cómo el desterrado ó el deportado podrán conservar sus derechos civiles en España, y ser expelidos de ella para siempre? [...] Quanto dice el artículo respecto de la muerte civil no es más que un efecto necesario de la pena, ventajoso para los mismos reos y sus familias”.

320 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1396.

321 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1395.

322 Romero Alpuente, en DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1396.

323 Art. 24.3º CPME 1812.

324 Art. 304 CPME 1812; cfr. nota IV/364. Y es Dolarea quien lleva estos argumentos a la tribuna de la Cámara por contemplar “inconciliable la observancia de esas leyes fundamentales con lo que se propone en este capítulo; [...] y aunque la aplicacion es á los herederos é hijos, y no á favor del fisco, como comunmente se establecia en las leyes antiguas, esta accidental diferencia no muda la sustancia de la cosa ni en su fondo ni en su resultado” (DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1392). Enfrente, remacha José Manuel de Vadillo que “no se le confiscan, ni sé cómo ha podido nombrarse aquí esta palabra, ni suponerse que la idea que expresa cabia en el ánimo ó en el deseo de la comision: esta sabe bien la Constitucion, y que por ella está prohibida la confiscacion de bienes; y aun

Comisión hizo bastión de que perpetuidad en la pena y muerte civil por definición debían marchar de consuno y, desde esta postura, “ni le puede pasar por la imaginación á nadie que reflexione, que un hombre deportado para siempre en una isla remota haya de tener fuera de ella derecho ninguno civil en España”³²⁵. Las sensibilidades no eran ya, por descontado, las de la Antigüedad ni las del Medievo; a su impulso se había llegado –y ahondo en lo que a Vallejo le inspiraba la ley de Toro– “[...] a la llana supresión de la condición de *servuus poenae*, esto es, a la conversión de la ‘muerte civil’ en un mero *nomen iuris* vacío de las connotaciones más sustantivamente ligadas a dicha denominación”³²⁶. Por lo demás, no quedó sin constancia una de las más recurrentes críticas que han recibido, no sólo la deportación, sino las penas restrictivas de libertad en bloque³²⁷: su desigualdad según parámetros económicos (“¿y la igualdad legal exige sacrificios tan terribles? ¿Qué tiene que ver un hombre que no ha poseído jamás bienes algunos con otro que siempre ha estado nadando en la abundancia?” –protestaba Romero Alpuente³²⁸–).

En directa conexión con el contenido de muerte civil aparejada a la deportación, incluía el Proyecto de Código penal una disposición prohibitoria de la recepción, por los reos en trabajos perpetuos, deportación u obras públicas, de dinero u otras cosas no comestibles que sus familias y amigos quisiesen remitirles; seguía un añadido: “debiendo todos los delincuentes sujetarse en dichos establecimientos á una disciplina y régimen uniforme”³²⁹,

cuando no la viera prohibida en la Constitucion, jamás la hubiera propuesto ni adoptado” (*ibidem*, pp. 1394-1395).

325 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1393. En pura teoría penal, explica SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 402, *la incompatibilidad entre uso del Derecho y el estado de Pena*.

326 VALLEJO, “Vida...”, p. 681. Oyendo a Calatrava sin el apasionamiento partidista de aquel entonces esa expeditiva mitigación de efectos aparece incontestable: por ejemplo, cuando llega a explayar cómo “[...] se permite que esos reos puedan disponer libremente de sus bienes en el término que la comision propone [...]. Si no tuvieren hijos ó herederos forzosos, ¿quién les impide que puedan vender lo que quieran, y llevarse su importe y cuanto les ea posible al lugar de su destierro ó deportacion? Si pierden los derechos de propiedad, [...] es respecto de aquello de que no dispongan dentro de los nueve dias” (DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1396).

327 V. gr., LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 87.

328 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1395.

329 Art. 73 PCP 1821. Razonó Calatrava que “si esos establecimientos se montan como debe montarse, y hay en ellos ocupaciones útiles; si queremos que sean provechosos y las penas eficaces y efectivas, me parece indispensable que se adopte en cada uno un

indicación que –tal vez trayendo causa de ese compartir precepto sanciones de diverso signo– de nuevo podía despertar vacilaciones acerca del sentido de la pena de deportación. Al cabo, “declarado este artículo suficientemente discutido, se puso á votacion, y quedó desaprobado”³³⁰. El expresado efugio para el reo de recuperar sus derechos civiles y aun de obtener cargos lo sujeta el Código a determinadas condiciones consignadas en el capítulo que trata “De la rebaja de penas á los delincuentes que se arrepientan y enmienden”, cuya regulación, por lo que atañe a los deportados, se contiene en los artículos 144 y siguientes antes citados por venir anunciados ya en el precepto que presenta y principalmente regula la deportación, pues este arbitrio –esta *rehabilitación de pura gracia*³³¹– era estimado en mucho por los redactores del Código, como que ponían sus fundamentos en conexión con la problemática activada en torno a la justificación moral y utilitaria de la perpetuidad en las penas, y tanto que “la comision [...] no se hubiera resuelto á proponer la pena de trabajos perpétuos y la deportacion, si no contase con que se habia de dar esta esperanza á los reos para obtener cierta rebaja por medio del arrepentimiento y la enmienda”³³²:

régimen oportuno, severo y uniforme para todos los delincuentes: lo contrario es dar lugar á innumerables abusos, y que el que tenga algun dinero haga con él ilusoria la pena y se burle de las leyes” (*DSC* 1821-1822, t. II, nº 90, ses. 23-XII-1821, p. 1423), de modo que se piensa “[...] que en estos establecimientos que se trata de formar, deberá suministrárseles todo lo que necesiten, á lo menos para sostener medianamente su existencia” (*ibidem*), además de que “el Código penal no puede desentenderse jamás de que un delincuente á quien se impone una pena, debe sufrir todo lo que es de esencia de la pena. Que ésta se dulcifique y suavice en lo posible, está bien; pero no en ningun caso borrar de tal modo la pena que no llegue á sufrirse ninguna, tanto más que para ponerse en estado de no sufrirla, tiene el reo medios espeditos en su mano. La enmienda y correccion, como ha expresado la comision, le sacará en cuanto cabe de aquel estado lastimoso en que le ha puesto su delito, y le pondrá en una clase en que gozará de todo lo que puede gozar” (*ibidem*, p. 1424).

330 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 90, ses. 23-XII-1821, p. 1424.

331 Arts. 147 y 150 CP 1822; y váyase al *DSC* 1821-1822, t. III, nº 100, ses. 3-I-1822, pp. 1612-1613.

332 *DSC* 1821-1822, t. III, nº 100, ses. 3-I-1822, p. 1611, en donde se sigue leyendo, en boca de Calatrava, que “hemos creído que el fin de las penas no debe ser tanto castigar á los reos como mejorarlos; y el medio de sacar algun partido de estos hombres en su desgraciada suerte es animarlos con la esperanza de un alivio, y presentarles este estímulo tan poderoso para la enmienda”. Hito y triunfo de *la atención a la enmienda del culpable por hechos que la dan a conocer directamente*, “como ejemplo notable, y que enaltece á nuestra patria” cita con aplauso esta figura SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 430.

Por medio del arrepentimiento y de la enmienda el condenado á trabajos perpetuos, podrá, despues de estar en ellos diez años, pasar á la deportacion. Por el mismo medio el deportado podrá obtener en su deportacion, despues de estar en ella diez años, algunos ó todos los derechos civiles, y los empleos ó cargos públicos que el Gobierno quiera conferirle³³³.

Hay en ambos supuestos una especie de *sistema progresivo* en el cumplimiento de la pena, posibilitando una salida frente al rasgo de perpetuidad como expediente para estimular la corrección³³⁴, lo cual está introduciendo también otra manera de acceder a la condición de deportado: mediante una beneficiosa sustitución de penas, que en unos supuestos responderá a muy diferentes motivaciones (cuando se aplica automáticamente a mujeres y eclesiásticos sentenciados a trabajos perpetuos³³⁵ o discrecionalmente al preso merecedor de pena de muerte o de trabajos perpetuos si voluntariamente descubre el delito y manifiesta los demás culpables³³⁶) y que otras veces recaerá gravosamente sobre condenados a extrañamiento, obras públicas o reclusión que, en determinados casos, se fuguen o reincidan³³⁷. Prosigue el Código adelante reglando el procedimiento que debe observarse para solicitar la medida susodicha: por qué conducto se hará y quién tiene competencia para la concesión³³⁸; a la vista de la intención y su desarrollo, vemos confir-

333 Arts. 144 CP 1822, 147 PCP 1821.

334 Véase lo argumentado por José Manuel de Vadillo, diputado por Cádiz y, andando el tiempo, ministro de la Gobernación y de Ultramar, en *DSC* 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1389.

335 Arts. 67 y 69 CP 1822, respectivamente (y corresponden uno, con el 69, y otro, con el 71 PCP 1821). En cambio, la deportación será, a su vez, pena sustituida en los supuestos de los números 64, 65 y 66 (o 66, 67 y 68 –pero éste con considerables variaciones– del Proyecto): el menor de diecisiete años que incurriera en delito con pena de deportación, cumpliría una reclusión de diez años; lo mismo se aplica al mayor de setenta años, pero sin término temporal, *por el resto de su vida*. No se observa, en cambio, la exclusión para las mujeres de esta pena, lo que abordose en la Cámara al hilo del estudio del aludido artículo 67: “el Colegio de abogados de Barcelona opina que no sean deportadas las mujeres. La comision no encuentra inconveniente ninguno en que lo sean, antes puede conducir mucho que vayan para fomentar el establecimiento de la deportacion” –exponía el presidente de esa comisión redactora, Calatrava– (*DSC* 1821-1822, t. II, nº 90, ses. 23-XII-1821, p. 1419).

336 Art. 129 *in fine* CP 1822, cláusula que reproduce el 132, párr. 3º, PCP 1821.

337 Arts. 52, 58, 61, 119 y 120 CP 1822 (cotéjense con los 53, 59, 62, 121 y 122 PCP 1821, apenas modificados).

338 Temíanse “[...] muchas dificultades en la ejecución de este capítulo, bien

porque no se fijan ni es fácil fijar las pruebas del arrepentimiento y enmienda, bien por la arbitrariedad que suelen tener los jefes de los establecimientos. Yo creo que con las precauciones que se adoptan en los capítulos siguientes y las demás que pueden establecerse, y que sin duda se establecerán, así en el Código de procedimientos como en los reglamentos respectivos, se evitará esa arbitrariedad cuanto puede evitarse entre los hombres; porque decir que no ha de haber alguna, me parece que es un error: la habrá, y se abusará de las mejores leyes mientras haya hombres, y en vano querremos impedirlo enteramente” –razones de Calatrava en el *DSC* 1821-1822, t. III, n^o 100, ses. 3-I-1822, p. 1611–. Art. 146 CP 1822: “Las rebajas y rehabilitaciones prescritas [...] serán determinadas y concedidas en los casos respectivos por el juez ó tribunal que hubiere pronunciado la sentencia ejecutada [...]” (en PCP 1821, art. 149). Art. 149 CP 1822: “Sin embargo de la regla general [...], los deportados podrán solicitar y obtener á su tiempo de la audiencia más inmediata al lugar de su deportacion la gracia de ejercer en él todos los derechos civiles ó algunos de ellos; observándose en todo lo demas lo que queda prevenido, y debiendo tambien la misma audiencia dar noticia de la gracia que concediere, con testimonio de los fundamentos, al juez ó tribunal que hubiere condenado al reo” (en PCP 1821, art. 152). Art. 147 CP 1822: “Cuando llegue el tiempo en que el reo deba pedir la rebaja de su condena conforme al artículo 144, hará la súplica por escrito como de pura gracia al juez ó tribunal respectivo por medio del gefe de la casa de reclusion, carcel, fortaleza, presidio, lugar de la deportacion o establecimiento de obras públicas ó trabajos perpetuos en que se halle” (en PCP 1821, art. 150); diserta Calatrava en torno a que los derechos de referencia “[...] no se trata de concederlos a quien no los ha tenido, sino de rehabilitar al que los ha perdido por una sentencia, cuya facultad no hay inconveniente en que se conceda á los tribunales, y acaso es á ellos á quien más propiamente corresponde” (*DSC* 1821-1822, t. II, n^o 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1389-1390). Art. 148 CP 1822: “Los gefes inmediatos de todos estos establecimientos estan obligados, sopena [sic] de privacion de empleo, á llevar un libro de registro, formando á cada uno de los reos de su cargo un asiento en que se exprese su nombre y apellido, domicilio antiguo, último estado, señas personales, delito de su condena, juez ó tribunal que se la hubiere impuesto, época en que hubiere empezado á cumplirla, y ocupacion que se le dé en el establecimiento, anotándose puntualmente la conducta que observe, asi por lo relativo á su aplicacion al trabajo como en cuanto á sus costumbres y demas acciones. Con copia certificada de estos asientos, y con el informe de los gefes, remitirán estos la súplica del reo al juez ó tribunal respectivo, el cual, tomando los demas informes y noticias que tenga por convenientes para asegurarse del arrepentimiento y enmienda del suplicante, y con presencia de la causa primitiva, declarará si ha lugar á la rebaja de la pena con arreglo á la ley. Si lo hubiere, concederá precisamente al reo la gracia de la ley, bajo su responsabilidad; pero si no lo hubiere, suspenderá la resolución hasta que aquel dé mayores pruebas de su buena conducta; y en ambos casos se comunicará la determinacion al gefe del establecimiento, para que lo tenga entendido, y lo haga saber al reo” (en PCP 1821, art. 151). Art. 153 CP 1822: “[...] las gracias de rebaja de pena y todas las diligencias para ello serán sin coste alguno: encargándose, como se encarga la conciencia, ademas de la responsabili-

marse la índole atribuida a este mecanismo individualizador de la pena: la de una rehabilitación judicial ofrecida por la ley en forma de *rebaja de pena* al reo como última esperanza, para éste, pero también para aquélla en su ideal de recuperárselo a la sociedad³³⁹.

Ausente la muerte civil de los textos preparatorios de 1830 y 1834, como palmaria evidencia de ese influjo inspirador debido al Código de 1822

dad impuesta por las leyes, á los jueces, tribunales, gefes de los establecimientos de castigo ó correccion, y cualesquiera otras autoridades ó empleados que tengan intervencion en estos asuntos, para que procedan en ellos con la mayor pureza, actividad y justificacion, combinando los sentimientos de la humanidad con el interes de la causa pública” (en PCP 1821, art. 156).

339 Sobre la naturaleza de esa “gracia” que habilita el precepto, ofrecen interés los razonamientos de Calatrava en el hemicycle: “la ley ha impuesto una pena; el juez al dar la sentencia ha aplicado esta ley [...]. Solo una gracia, una indulgencia de la misma ley puede dulcificar esta pena, de la cual, por decirlo así, es ya siervo el reo. La ley ha cumplido ya con su deber, castigándole como merecia; mas, sin embargo, esta ley, indulgente y maternal, abre todavía la puerta para que este hombre pueda obtener una rebaja por medio de la enmienda y el arrepentimiento. [...] Esta es la razón poderosa en mi concepto para expresar aquí y en los demás artículos que lo exijan, que es de pura gracia, y no de justicia, la rebaja de que se trata, sin que por eso esté en el arbitrio de los jueces dejar de aplicarla cuando corresponda segun la ley” (*DSC 1821-1822*, t. III, n° 100, ses. 3-I-1822, p. 1613). Con tesón se aplica Calatrava a elucidar en qué consista y si será constitucional esta actuación sobre “[...] los derechos de ciudadano. Aquí no se conceden al que nunca los ha tenido, sino que se le rehabilita para volver á ejercerlos, y esta rehabilitacion de los que han sufrido penas aflictivas ó infamatorias está expresamente prescrita ó reconocida en la misma Constitucion [...]. La rehabilitacion no es indulto: la Constitucion habla expresamente de ambas cosas, y las distingue muy bien. La ley por punto general impone las penas con esta rebaja á todo el que se enmiende, así como podia imponerle otras penas menores, lo cual es muy diferente del indulto que el Rey puede conceder de las penas especiales prescritas por la ley. [...] Cuando los tribunales rehabiliten á un reo, cuando le apliquen una rebaja de pena concedida por la ley, sin duda no hacen otra cosa que juzgar y desempeñar las funciones que la Constitucion les atribuye”: sólo “[...] porque los tribunales no pueden más que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, no puede atacarse la conformidad de la rehabilitación con la Norma Suprema; (*ibidem*, p. 1611); defendiendo su otro flanco, replica Calatrava que “la Constitucion lo que prohíbe es que el condenado á ciertas penas ejerza los derechos civiles mientras no se le rehabilita; pero [...] cuando se trata de que el deportado pueda ejercer los derechos civiles, es porque se establece el modo de rehabilitarle y los méritos por donde ha de optar á esa rehabilitacion” (*ibidem*, t. II, n° 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390). Váyase a los arts. 24.3º, 171.13ª y 245 CPME 1812.

que Casabó Ruiz ha resaltado³⁴⁰, el Proyecto de Código criminal de 1831 carga o grava la deportación con la muerte civil:

Los reos condenados a [...] la deportación serán considerados como muertos civilmente en España³⁴¹.

Su concreción se produce en línea con el citado corpus liberal, lo que es decir con la IV Ley de Toro:

El reo muerto civilmente podrá hacer testamento y disponer de sus bienes como podría hacerlo para el caso de muerte natural sin perjuicio de las condenaciones impuestas sobre ellos en la sentencia.

Para usar de esta facultad tendrá solamente el reo el término fatal de diez días que se contarán desde que se le haya notificado el fallo de condena que cause ejecutoria³⁴².

Con exclusión de las otras dos penas perpetuas que comportan muerte civil (los trabajos públicos y el encierro solitario),

En el caso de deportación será también lícito al reo muerto civilmente reservar para sí las ropas de su uso, y además gravar la porción de bienes de que pueda disponer sin perjudicar a las legítimas de sus herederos forzosos con una pensión alimenticia durante su vida, que no excederá de diez reales diarios³⁴³.

La regulación prosigue minuciosa y pormenorizada en el recuento de los alcances que se quieren para esa muerte fingida por la ley, proveyéndose que

Los efectos de la muerte civil causada por la imposición de la pena criminal son:

Que caducando en el reo la propiedad de sus bienes y todos los derechos que le pertenecieran al ejecutoriarse la sentencia, pasa desde luego la sucesión a las personas a quienes competa por testamento o por beneficio de la ley, como si el reo hubiera muerto naturalmente.

Que desde el momento de la notificación de la sentencia se hace el reo incapaz de adquirir propiedad ni derecho alguno en España por razón de sucesión ni otro título, habiéndose asimismo por acabada su vida natural para los casos de sustitución o de transmisiones por el derecho de representación. Esta incapacidad no se entiende con lo que el

340 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCC 1831], p. 3.

341 Art. 51 PCC 1831.

342 Art. 52 PCC 1831.

343 Art. 53 PCC 1831.

reo deportado adquiera con su trabajo o industria en el lugar de la deportación, con lo que haya podido reservarse lícitamente conforme a la disposición del artículo 53, ni con cualquier socorro que por vía de alimentos se le dé por testamento o por donación entre vivos.

Que si fuere casado, cesen desde la condenación los efectos civiles del matrimonio y se proceda a la división del caudal conyugal, reintegrándose a la mujer en los bienes que en él le correspondan, sin perjuicio de que ésta pueda voluntariamente seguirle en su deportación.

Que si contrajera matrimonio en el lugar de la deportación, aunque por él queda sujeto a cumplir los deberes que impone este sacramento, no producirá efecto alguno civil a menos que haya obtenido la gracia de que se trata en el artículo 1158.

Y por último que el reo quede privado desde el momento en que le sea intimada la sentencia de todos los derechos civiles que le competan por razón de naturaleza, estado o vecindad, o en virtud de privilegio cualquiera que sea su especie y denominación³⁴⁴.

Grosso modo, la comparación consecuencial con 1822 revela un mismo concepto de muerte civil, sin excluir sus resultancias de apertura de la sucesión, incapacitación para adquirir y cese general de derechos civiles³⁴⁵. En última instancia, dispone también Sainz de Andino de una previsión similitudinaria respecto a aquella recuperación de derechos civiles, empleos o cargos públicos por los deportados bajo el Código de 1822³⁴⁶:

Los deportados que por su aplicación al trabajo, probidad y buenas costumbres acrediten la enmienda de su conducta, podrán obtener en el territorio donde estuvieren sufriendo su pena la rehabilitación en todos o alguno de los derechos civiles, que comenzará a producir sus efectos desde el día en que se les conceda³⁴⁷.

Deja, en fin, Andino mayor holgura a su trazado del procedimiento por remisión a la ley procesal³⁴⁸. Con la del *Trienio*, estas dos y no más admi-

344 Art. 54 PCC 1831.

345 La permisión del *socorro de alimentos* sí que estaba ya en aquel art. 73 PCP 1821 rechazado en los debates en su prohibición de recibir envíos de dinero u otras cosas no comestibles (cfr. notas IV/329 y IV/330), pero no se admitía expresamente, a tenor de la ley, la reserva de ropa de uso ni de pensión alimenticia que posibilita el art. 53 PCC 1831.

346 Art. 144 CP 1822.

347 Art. 1158 PCC 1831; y relaciónese con el 1164 PCC 1831.

348 Art. 1165 PCC 1831: “Las rebajas se solicitarán ante el Tribunal que haya ejecutoriado la condena, resolviéndose con vista de los méritos del expediente instructivo que se formará con arreglo a lo que se prescribe en el Código de procedimientos criminales”. Art. 1166 PCC 1831: “Con respecto a los reos que estén sufriendo sus condenas [...] de deportación en las Islas de Asia o América, será de la competencia de las Audiencias Reales,

siones –una, *de lege ferenda*– tuvo la muerte civil en nuestro ordenamiento codificado. Definitivamente expulsa de él³⁴⁹, las “Bases del Código Penal aprobadas por la Comisión General” de Codificación sobre Código Penal (1844) omitían ya toda referencia a la muerte civil, prefiriendo, entre *las penas que se establezcan en el Código, la interdicción de derechos políticos o civiles*³⁵⁰; los miembros de la comisión, en consecuencia, tuvieron por “[...] acordado que no se admita la muerte civil” en el Anteproyecto compuesto entre 1844 y 1845³⁵¹, contentándose con disponer para los relegados la pérdida de los derechos políticos³⁵². La pena accesoria de *interdicción civil* quedó, a partir de 1848, como su aún más lenificada sucesora³⁵³ (en última instancia asimismo erradicada del Código por su Reforma Urgente y Parcial de 1983³⁵⁴), pero ya no iba a encarnar, como tal sucesora, otro de los contenidos accesorios que históricamente ha llevado sobre sí la deportación codificada, sino que se reserva para las más gravosas privaciones de libertad, como las cadenas (perpetua o temporal), en tanto que a la relegación se le aparejan las inhabilitaciones de carácter absoluto: el dictamen de Pacheco ante la minoración de gravámenes sobre el relegado es tan rotundo como decir que “parécenos que falta [...] la interdicción civil, como pena accesoria. Otros códigos lo han hecho, y, según nuestro modo de ver, con completa justicia”, pues “¿a qué dejarles unos derechos, que no pueden desempeñar de un modo útil? Para ellos es inútil; para las personas de su familia es notoriamente nocivo. El que se halle recluso por su vida, lejos de su domicilio, tal vez del otro lado de los mares, ¿cómo ha de ejercer la patria potestad, y la autoridad de marido? ¿Cómo ni para qué ha de administrar sus bienes?”³⁵⁵.

en cuyo territorio se halle el reo, el conocimiento de las rebajas de penas, en la forma que en el mismo Código de procedimientos se prescribe”.

349 Dice LLAMAS Y MOLINA, *Comentario...*, p. 132, que por Ley de Cortes de 9 de mayo de 1835, art. 8.

350 EN LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 261, base 2ª.

351 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 563 (de todas maneras, si se planteó el terrible anatema jurídico-penal –y con la dicha respuesta negativa– fue para los reos de trabajos forzados –*ibidem*–).

352 Véase ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567 (art. 65) ; cfr. nota IV/453.

353 Arts. 24 y 41 CP 1848. Del entronque de esta pena da fe José Luis MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de interdicción civil”, *ADPCP* 32/2, p. 345; por igual, NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 530; o VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 257-259.

354 QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma...*, pp. 116-117.

355 PACHECO, *El Código...*, pp. 365-366.

Aun ajena a la deportación, sepamos, sólo por ver en qué paraba lo que había sido muerte civil, que “la interdicción civil priva al penado, mientras la esté sufriendo, del derecho a la patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes, y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos”³⁵⁶. Vienen a ser este precepto y la institución punitiva que define como el acta de defunción de la muerte civil para el ordenamiento español, y Pacheco se apresura a despedirla: “reducida la pena de interdicción a lo que la reduce nuestra ley, la razón y la ciencia pueden fácilmente admitirla. Si la una y la otra han clamado y claman contra una pena del mismo orden, que tienen y emplean algunos otros pueblos, es necesario considerar que entre la nuestra y esa otra a que nos referimos, la distancia es poco menos que inconmensurable. Verdad es que la una y la otra se ejercen sobre derechos civiles; pero eso es lo único en que se parecen la interdicción y la *muerte civil*, y la esfera de esos derechos es bastante lata para que en ella puedan caber la justicia y la injusticia”³⁵⁷. Enseguida pasaremos a examinar esa inhabilitación absoluta que, a trueque de la muerte o la interdicción civiles, se le adhiere a la relegación del Código de 1848, si bien antes quizá convenga considerar otras accesoriedades.

b) La confiscación de bienes

Históricamente, el trinomio *deportación*, *muerte civil* y *confiscación* ha gozado de la fortuna de que las Partidas dan fe al definir que “civil muerte es dicha una manera que hi ha de pena, [...] quando destierran alguno para siempre, et le envian á alguna isla ó á algunt otro logar cierto onde nunca salga, et le toman demas todos sus bienes: et este atal es llamado en latin *deportatus*”³⁵⁸,

356 Art. 41 CP 1848.

357 PACHECO, *El Código...*, pp. 344-345. En cambio, Pedro Gómez de la Serna identifica la interdicción con la muerte civil o hasta la tiene por más rigurosa (pero conste que esto sucede en el fragor de la batalla parlamentaria): “[...] y yo, que creo que esta pena es infinitamente peor que la muerte civil que puso el Código francés, creo que debo impugnarla con mayor razon que impugnaria aquella. Es una imitación de la muerte civil romana ó del Código francés [...]” (*DSCCD 1847-1848*, t. III, nº 82, ses. 14-III-1848, p. 1768).

358 *Partidas*, IV.18.2. Véase, con todo detalle, NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 142 y ss., 274 y ss. Acerca de otro trinomio históricamente activo, el conformado por *ira regia*, *destierro* y *confiscación* (*Partidas*, IV.25.10-12), véase GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso...*, pp. 441-442.

pero la ecuación formada por esos tres términos eslabonados ni siquiera es de invención romana³⁵⁹, sino que en los casos más graves casi viene dada por la misma naturaleza excluyente de la proscripción territorial: “in deportatione confiscatio bonorum venit ex necessitate”³⁶⁰, si bien las *Partidas* dan asimismo acogida, tras el susodicho del *deportatus*, a otro supuesto penológico de más reducido alcance: el del *relegatus*, a quien *non le tuellen los bienes que ha*³⁶¹. Para confutarla, el marqués de Beccaria dejó analizada con plausible sindéresis la lógica conectividad que ha querido deducirse entre tales instituciones jurídicas³⁶². Reprobada entonces esta suprema sanción pecuniaria por éste y otros grandes pensadores jurídicos del siglo XVIII, acaba recibiendo un tratamiento lacónico, pero rotundo en la Constitución de 1812³⁶³: tras suprimir tormento y apremios, dictaba que “tampoco se impondrá la pena de confiscacion de bienes”³⁶⁴. Para lo sucesivo, con un Fernando VII volviendo por sus fueros, aborda Pino Abad, principal investigador del decurso de esta pena en España, la eventualidad de que recobraran el perdido vigor aquellas normas caducas que reconocían la posibilidad de imponer la confiscación, “[...] pero creemos que la desaparición fue definitiva desde 1812, siguiendo la misma suerte que el tormento, ya que el propio monarca fue consciente de la necesidad de implantar un sistema penal más humanitario y acorde con los nuevos tiempos”, máxime cuando “[...] en la práctica los jueces la habían

359 MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 418, 420. De su emersión coordinada hablan, v. gr, VOLTAIRE, “Comentario sobre el libro ‘De los delitos y de las penas’ por un abogado de provincias”, *apud* Beccaria, *De los delitos...*, p. 151; LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 263; o José Marcos GUTIÉRREZ, *Discurso sobre los delitos y las penas*, pp. 148-149.

360 Gregorio LÓPEZ, *Las siete Partidas del sabio rey don Alonso el Nono, glosadas*, t. III, p. 508 (gl. 7ª a VII.31.4).

361 *Partidas*, IV.18.3.

362 BECCARIA, *De los delitos...*, p. 68.

363 Léase a María Paz ALONSO ROMERO, “Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, en *AHDE* 55 (1985), pp. 9-15, una síntesis de la parábola descrita históricamente por el recurso punitivo a las penas pecuniarias en amplia consideración.

364 Art. 304 CPME 1812; con este mismo espíritu, “solo se hará embargo de bienes, quando se proceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria, y en proporcion á la cantidad á que esta pueda extenderse” (*ibidem*, art. 294). Con tales reservas, “ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció” (*ibidem*, art. 305).

dejado en desuso bastante tiempo antes”³⁶⁵. De hecho, en aquel Decreto fernandino por el que el monarca encargaba un Código criminal, a últimos de 1819, a su Consejo Real contaba *la confiscación absoluta de bienes* entre los “[...] lunares de legislacion que debe borrar mi paternal desvelo”³⁶⁶. Aunque Pino Abad concluye su cumplido trabajo ante la abolición por la Constitución gaditana, con la sola reseña de *ciertos vestigios* presuntos, aún trató de asomarse la sanción confiscatoria al Derecho positivo decimonónico a través de los proyectos de codificación criminal de los primeros años 30 (a partir de 1848 no se volverá a oír hablar, legislativamente, de ella³⁶⁷). Los tres le dan entrada a su elenco de penas; el primero y el tercero –huelga motivarlo– en su tercer orden, el de penas pecuniarias³⁶⁸. Pese a que la Junta de Código Criminal nombrada en junio de 1831 con el objeto de revisar los dos proyectos antecedentes tendrá por fuera de lugar las cláusulas de su extensión en 1831 –achaque puramente formal–³⁶⁹, la pertinencia entre los medios concedidos a la Justicia para reprimir el delito no se pone en tela de juicio y, aparte de su enunciado en la lista de aquéllos, otros preceptos concernientes de 1830 buscaban pervivir en 1834:

La pena de confiscación no tendrá lugar habiendo ascendientes o descendientes del reo³⁷⁰.

De la sentencia de confiscación de bienes, cuando tenga lugar según la disposición del artículo 55 [el suprascrito], se pasará testimonio a la autoridad administrativa a quien toca su descubrimiento y ocupación³⁷¹.

365 Miguel PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*, pp. 392-394.

366 R. D. de 2 de diciembre de 1819 cit., p. 502 (véase LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 38).

367 Véase PACHECO, *Estudios...*, p. 303; *id.*, *El Código...*, pp. 322-323.

368 Arts. 8 PCC 1830 y 47 PCC 1834.

369 Al enjuiciar el Proyecto *Andino*, la “Segunda Junta, 1832”, en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. V, p. 362, le achaca que “cuanto se dice en el 73 hasta el 77 inclusive, pertenece o al Código civil o a las leyes procesales, por que las penales solo deben prevenir los delitos en que haya de imponerse la confiscación de bienes sin meterse a designar cuales sean del reo ni que deducciones deban hacerse”.

370 Arts. 55 PCC 1830 y 75 PCC 1834. Véase GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 161-163.

371 Arts. 742 de la redacción preparatoria de PCC 1830, el cual pasa a la del año 1834 con el número 805 y referencia o remisión al 75. Otra regla para su ejecución se da

Entre tales corpus, el Proyecto Penal preparado por Sainz de Andino, llevándola hasta su escala punitiva para delitos enormes³⁷², le daba la nada ambigua amplitud –*general y absoluta*– que, por reaccionaria, no puede sino causar alguna sorpresa mirada con la acotación del año 1831 al margen³⁷³:

La confiscación general y absoluta de los bienes del reo comprenden [sic] todas las propiedades y derechos que le pertenezcan al tiempo de ejecutoriarse la sentencia en que se le imponga, deducidas todas las cargas, deudas y obligaciones civiles que tenga contra sí el patrimonio confiscado.

Esta pena no tiene lugar sino cuando se impone juntamente con ella pena corporal que produzca la muerte civil del reo³⁷⁴.

Y ya sabemos que “los reos condenados a [...] la deportación serán considerados como muertos civilmente en España”³⁷⁵. Yendo adelante en ello, no pasa por alto el que había sido eficiente codificador mercantil las cauteles que sería de recibo guardar con miras a empecer tanto la defraudación de la pena³⁷⁶ como su transcendencia o irrogación de perjuicios a terceros³⁷⁷.

dentro del especial *procedimiento en las causas de los bandidos públicos*: “La confiscación de bienes en que también serán condenados los bandidos, se ejecutará inmediatamente que se publique la sentencia” (arts. 695 PCC 1830 y 771 PCC 1834).

372 Art. 36.1º *in fine* PCC 1831.

373 Véase PINO ABAD, *La pena...*, p. 392. Respecto al clamor doctrinal, no hay sino que atenerse a los unívocos alegatos de MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, p. 137; de BECCARIA, *De los delitos...*, pp. 68-69; de VOLTAIRE, “Comentario...”, pp. 150-153; de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, pp. 262-268; de BENTHAM, *Tratados...*, pp. 84, 302-304; de GUTIÉRREZ, *Discurso...*, pp. 148-152; etcétera.

374 Art. 73 PCC 1831.

375 Art. 51 PCC 1831. No era ni mucho menos un *invento* de Sainz de Andino: piénsese en toda la polvareda levantada en las Cortes liberales (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1391-1397; nº 90, ses. 23-XII-1821, pp. 1423-1424; t. III, nº 100, ses. 3-I-1822, pp. 1612-1613, etc.).

376 Art. 77 PCC 1831: “Toda disposición por título gratuito que hubiere desmembrado o gravado el caudal del reo que incurra en la confiscación hecha después que haya sido acusado del delito que ésta proceda, será considerada como celebrada en fraude de la expresada pena y no podrá oponerse como título legítimo que obste a su ejecución. / Pero si la disposición gratuita se fundare en causa remuneratoria o en obligación natural, será subsistente probándose la certeza de la causa y reduciéndose en caso de ser excesiva a juicio prudencial del Tribunal”.

377 “Con respecto a los reos que tengan herederos necesarios, bien sean des-

Luego vendría ese taciturno planteamiento en 1834, remedo de la iniciativa de 1830, y la ley penal española –ya dictada, ya propuesta– no volverá a hablar más en lo sucesivo de confiscación de bienes: tras el tajante posicionamiento constitucional de 1837 (“no se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes [...]”)³⁷⁸, ni las Bases de 1844, ni el Proyecto derivado en 1845 ni el Código que finalmente se sanciona tres años más tarde se acordaban de ella. Mucho más tarde, el Anteproyecto de Código de 1938 sí aplica una pena pecuniaria como accesoria, una multa, pero a “toda pena que se impusiere por un delito o falta”, permitiendo hasta ahí pensar en el castigo relegatorio, aunque luego la gradúa “[...] por un tiempo igual al de la duración mínima de su privación de libertad para obtener la liberación condicional”³⁷⁹, con lo cual parece que al cabo no se trata de toda pena, sino únicamente de penas de encierro, de no contemplarse éste latamente como afectación, del grado que sea, a la libertad.

c) La infamia

Respecto a aquella *commutatio loci cum ignominia* que definieran Séneca

cendientes o ascendientes, se entenderá solamente la confiscación de la porción de bienes de que aquéllos hubieran podido disponer libremente, deducidas las legítimas que correspondieran a los herederos” (art. 74 PCC 1831). “Si el reo a quien se impone la pena de confiscación estuviere obligado por disposición de la ley o por contrato a prestar alimentos, continuará gravado con esta carga el caudal confiscado por el mismo tiempo que habría estado obligado el mismo reo” (art. 75 PCC 1831). “En los bienes vinculados como en los de cualquiera otra clase sobre que el reo tenga solamente el usufructo vitalicio; se entenderá éste fenecido por efecto de la confiscación aun cuando conserve aquél la vida natural, pasando el goce de dichos bienes al legítimo sucesor. / Si el reo tuviere mujer o hijos menores que carecieren de otros medios de subsistencia, se le asignará una pensión alimenticia hasta la muerte natural de aquél, sobre los productos del usufructo que se transmita al sucesor o se devuelva a la propiedad” (art. 76 PCC 1831).

378 *Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Madrid á 18 de Junio de 1837* [CPME 1837], art. 10, con una prohibición que pasa a la “Constitucion de la Monarquía Española”, de 23 de mayo de 1845 [CME 1845], en *CLDDC* 34, pp. 167-184, art. 10 y que llegará hasta CME 1876, siempre con el mismo número. Véase LLAMAS Y MOLINA, *Comentario...*, p. 132.

379 Art. 45.1º AFCP 1938.

y Nicolás Antonio³⁸⁰, el seguimiento histórico del concepto de infamia legalmente considerado que acomete Masferrer Domingo alcanza, como epílogo ya, hasta *su abolición en el período codificador*³⁸¹, justo el segmento temporal aquí atendido y en el que la infamia, en cuanto sanción punitiva, parece querer asirse a la pena deportatoria. Desde su recepción y elaboración doctrinal por los glosadores del Derecho justinianeo, con los esperables aditamentos de procedencia canónica y visigoda, se había configurado como un reproche binario: *infamia facti*³⁸² e *infamia iuris*³⁸³, nacida aquélla de la conducta infame y ésta –casualmente circunscrita cuando está bien fundada– de la ley, parejas en consecuencias, bien que sancionado el segundo supuesto por el poder, confiriéndole en rigor la calidad punitiva³⁸⁴, como en las Partidas, dentro de la consabida escala de penas: “la sexta es quando dañan la fama de alguno judgándolo por enfamado”³⁸⁵. Entre las aportaciones de los canonistas hay que apuntar la convergencia de entrambas categorías, de hecho y de derecho, lo que nos coloca, a la altura de los tiempos ilustrados, frente a una concepción de la infamia a la que su evolución moderna ha minado la solidez dogmática para envolverla poco menos que en nebulosas por lo que hace a sus contornos, mas para resalte de un núcleo en el cual prima en todo caso ese efecto

380 Cfr. nota II/4 y véase NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 6, 137-141.

381 Aniceto MASFERRER DOMINGO, *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, pp. 373-389.

382 En la exposición de MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, pp. 97, 330, la *infamia facti* cumplía una función de puente entre la *infamia jurídica* y la *infamia social*, extrajurídica sólo ésta y no así aquellas otras dos.

383 Los efectos jurídicos, desmenuzados por MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, pp. 99-102, abarcan: la incapacidad para acusar y prestar testimonio, para ser testigo de una declaración testamentaria, para postular a favor de otros y para ser abogado, juez o asesor.

384 Véanse LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 252, o GUTIÉRREZ, *Discurso...*, p. 136. Respecto a su administración político-criminal, GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, p. 51, critica precisamente el vuelo *contra opinionem* que se da a la infamia en ciertas leyes de la Novísima, *á la verdad no con mucha discrecion*.

385 *Partidas*, VII.31.4; el apartado completo, aunando la pena de declaración infamante con las restricciones profesionales, reza así: “la sexta es quando dañan la fama de alguno judgándolo por enfamado, ó quando lo tuellen de algunt oficio que tiene por razon de algunt yerro que ha fecho, ó quando viedan á algunt abogado ó personero por el yerro que fizo que non use dende delante de oficio de abogado nin de personero, ó que non paresca ante los judgadores quando judgaren fasta tiempo cierto ó para siempre” (es pena menor).

estrictamente infamante, su genuino contenido, que es la privación de honor sobre el resto de consecuencias jurídicas, al no ser éstas exclusivas de la infamia, sino poseedoras de otra paralela autonomía³⁸⁶.

En tal estado llega la infamia a los umbrales del siglo XIX³⁸⁷, todavía firme como para hallar acomodo en las primeras codificaciones de la materia criminal. Esta infamia penal, con donosa expresividad denominada *excomuni3n civil* por Lardizábal³⁸⁸, había tenido ya acogida en el Código de 1822, según corresponde al imperio de la prevención general en la época como fin eminente de la pena: esta es la posición desacomplejadamente utilitarista del marqués de Beccaria, de Lardizábal, de José Marcos Gutiérrez, de Bentham³⁸⁹, por supuesto, y esta es la opinión que prepondera hasta el advenimiento doctrinal del correccionalismo. Vueltos a la escala de penas de aquel nuestro primer Código, figuraba en ella como primera no corporal *la declaracion de infamia, á cuya clase pertenece tambien la de ser declarado indigno del nombre español, ó de la confianza nacional*³⁹⁰, en consonancia con una Constitución para la que, entre otros motivos, “la calidad de Ciudadano español se pierde [...] por sentencia en que se impongan penas afflictivas ó infamantes”³⁹¹. Quizás como una de aquellas *transigencias con antiguas preocupaciones españolas* que le reprochara Pacheco³⁹², esa infamia desplegada en el articulado de 1822 iba más allá de degradar la buena reputación, afectando también a otros derechos así civiles como políticos³⁹³. Por más que en principio pudiera parecer el complemento ajustado a la ya dispuesta muerte

386 MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, pp. 396, 398.

387 El R. D. de 2 de diciembre de 1819, p. 502, se contentaba con que se acabase con este otro *lunar de legislacion*, “la trascendencia de infamia á los hijos por delito de un padre, sin otro fruto que hacer perpetuamente desgraciada una familia”.

388 LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 252.

389 BECCARIA, *De los delitos...*, pp. 54, 65-66; LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 253-254; GUTIÉRREZ, *Discurso...*, pp. 140-141; BENTHAM, *Tratados...*, pp. 316-317.

390 Art. 28 CP 1822.

391 Art. 24.3º CPME 1812, el cual, depositario de una infamia estrictamente *legal*, deja abierta la puerta a “[...] que todo condenado á pena corporal ó infamatoria pueda borrar esta nota con su enmienda y merecer que se le rehabilite en los derechos de ciudadano que tenia perdidos” (así lo subraya Calatrava, en *DSC 1821-1822*, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1455); véase su exégesis e interrelación con el Código Penal, por lo que hace a la infamia, en MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, pp. 382-385.

392 PACHECO, *El Código...*, p. 83; y MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, p. 388.

393 MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, p. 385.

civil, la deportación queda allí exenta del prodigado baldón de la infamia³⁹⁴, toda vez que “ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpetuos y la de muerte por traicion. En las demas no hay infamia sino cuando la ley la declare espresamente al delito”³⁹⁵ (no pocas voces de entre las partidarias de mantener la infamia como recurso punitivo preferían remitirla a los delitos, no a las penas³⁹⁶). Y salía al igual librada de ella –con aplicación no siempre coincidente– la deportación en el previo Proyecto³⁹⁷.

La veremos enseguida reaparecer –o intentarlo– asociada particularmente –entonces ya sí– a la deportación en el Proyecto de Sainz de Andino;

394 Véase MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, pp. 381-382.

395 Art. 30 CP 1822. Por lo que hace a sus efectos, “el reo á quien se le imponga la pena de infamia, perderá, hasta obtener la rehabilitación, todos los derechos de ciudadano; no podrá ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni albacea, ni tutor ni curador sino de sus hijos ó descendientes en línea recta, ni árbitro, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército ni armada, ni en la milicia nacional, ni tener empleo, comision, oficio, ni cargo público alguno” (art. 74 CP 1822, procedente del 77 originariamente proyectado en 1821); añádanse el 145 y el 150 CP 1822 sobre rehabilitación de la infamia (los 148 y 153 PCP 1821).

396 V. gr., GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, pp. 52-54.

397 Art. 31 PCP 1821: “Ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpétuos y la de vergüenza pública. En las demás no hay infamia sino cuando la ley la declare expresamente al delito”. Este artículo fue uno de los que recibieron variaciones de la propia Comisión codificadora antes de su sometimiento a debate: “Ninguna otra pena lleva consigo la infamia, sino únicamente la de trabajos perpétuos, la de vergüenza pública y la de muerte por traicion” (art. 31 PCC 1821 según las “Variaciones...”, p. 552). Luego, en la discusión de las Cortes pudo escucharse el alegato –infructuoso– contra la infamación legal pronunciado por el diputado Puigblanch: “todo delito sobre que recae una pena por la ley lleva siempre consigo cierta mala nota; y siendo así que el legislador debe por su parte minorar, ya que no pueda evitar este efecto de las penas, el cual dificulta la enmienda del reo, impidiendo que vuelva tan libremente como antes al trato con los demás hombres, se quiere establecer una pena peculiar infamante. Además, la buena ó mala fama de un sugeto no es otra cosa que la buena ó mala opinion que de él tiene el público; opinion independiente de las leyes, y en la que por lo mismo no mandan estas. Por consiguiente, la infamia no tendrá lugar, por más que la manden las Córtes, si contra su mandato está la opinion; así como no dejará de tenerle si está ésta del lado contrario. La infamia sigue á ciertas penas, ó más bien á ciertos delitos, como sigue la sombra al cuerpo; siendo tan inseparable de ellos una vez que han llegado á hacerse notorios, que aun cuando el legislador quiera perdonarlos, la llevan estos necesariamente consigo. [...] La pena de infamia, pues, sobre ser inútil y vana, es opuesta á los principios de toda buena legislacion, y aun de la razon” (*DSC 1821-1822*, t. II, n^o 85, ses. 18-XII-1821, p. 1350).

porque este añadido quebranto para el reo, si figura en el Proyecto a él anterior, lo hace de manera implícita y, a la par, la más general posible. En sintonía con aquel sentir del parlamentario trienal Puigblanch de que “todo delito sobre que recae una pena por la ley lleva siempre consigo cierta mala nota”³⁹⁸, en el proyecto jurídico-criminal de 1830 es la infamia genéricamente predicable de todo delito y toda pena, al menos así parece desprenderse del precepto que advierte que “la infamia legal de los delitos no trascenderá jamás [...] a ninguno de los parientes del delincuente”³⁹⁹: esta *infamia legal de los delitos*, dicha tal cual, sin más puntualización, da a entender que los alcanza todos, de modo que, si insistimos en hacer exégesis de la deplorable técnica del borrador, dicha infamia –*legal*, no meramente social– presumiblemente se quiso predicar como ingénito elemento de todos los delitos, insólita solución, llegado el caso, de ardua exigencia ante la opinión pública...; o cabe la interpretación que Masferrer Domingo aplica a esta misma cuestión cuando se le suscita ante el proyecto de Código de la Tercera Junta, el de 1834; éste copia mucho del de 1830, en ocasiones dándole más holgado desarrollo, así en punto de infamia, donde, a más de repetir⁴⁰⁰, dispone con escaso efecto que “las penas corporales serán personalmente ignominiosas en los casos que expresamente lo mande la ley”⁴⁰¹: puesto que “sorprendentemente no aparece el término ‘infamia’ o ‘infamante’ en ningún otro artículo del proyecto”, para el citado investigador, “al no establecer qué penas corporales tienen la nota infamante, parece que la infamia desaparece en cuanto tal, quedando una ‘infamia legal’ que se diluye entre los efectos civiles inherentes a toda pena corporal”⁴⁰². Es –decía– Sainz de Andino, en su Proyecto penal, quien primero embaraza particularizadamente la deportación con un concepto de infamante al que rodea de cumplido estatuto jurídico sobre el mismo esquema de 1822, sólo que apurando pormenores:

La pena de infamación legal es aneja a la imposición de cualquiera de las penas clasificadas en el artículo 37, y queda el reo sujeto a ella aunque no se haga pronunciamiento expreso en la sentencia⁴⁰³.

398 Cfr. nota precedente.

399 Art. 54 PCC 1830, reproducido por el 74 PCC 1834. El art. 40 de aquél (se convirtió en el 35 de éste), en la misma línea, determina que “mientras la sentencia no esté ejecutoriada, el acusado conservará íntegros sus derechos *y su opinión*” (la cursiva es mía).

400 Cfr. nota antecedente.

401 Art. 44 PCC 1834.

402 MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, p. 386.

403 Art. 65 PCC 1831.

Entre las penas ahí clasificadas, como acabo de anticipar, figura *la de deportación a las Islas de Asia o América*⁴⁰⁴; veamos con qué alcances:

La infamación legal inhabilita al reo perpetuamente para obtener empleo o cargo público y toda especie de condecoración honorífica, y le priva del ejercicio de los derechos civiles que se designan en el artículo 68⁴⁰⁵.

Saltemos hasta dicho precepto para conocer, antes que nada, *los derechos civiles que se pierden por la infamación*:

De voto activo y pasivo en toda asamblea, asociación o reunión que exista legalmente para algún objeto religioso o político.

De usar armas lícitas y obtener licencia para llevarlas de ninguna especie.

De ser admitido como voluntario en cuerpo alguno de fuerza armada como no sea en los designados para cumplir las condenas de servicio forzado.

De ejercer la tutela y curaduría sino por los hijos y descendientes legítimos del reo.

De ser árbitro, albacea, perito ni testigo en escritura pública ni privada.

De testificar en juicio pudiéndose solamente recibir de oficio las deposiciones de estos reos por vía de noticia o instrucción para el descubrimiento de los delitos.

El estado de nobleza si el reo la gozase hereditaria o personal con todas las prerrogativas y distinciones anejas a esta calidad⁴⁰⁶.

No olvida Sainz de Andino demarcar las otras extensiones de esta infamación, una vez lo ha hecho con la material y la temporal –perpetuamente–, mas cree necesario hilar más fino por lo que a ésta respecta:

Esta incapacidad subsistirá aun cuando el reo sea indultado de la pena que haya producido la infamación, si no se le concediere expresamente la rehabilitación de la infamia⁴⁰⁷.

404 Art. 37 PCC 1831: “Ninguna de las penas designadas en el artículo precedente tendrá el concepto de infamante, sino las siguientes: / La de muerte. / La de presenciar en el suplicio su ejecución. / La de trabajos violentos y perpetuos. / La de deportación a las Islas de Asia o América. / La de trabajos públicos temporales en los arsenales y presidios. / La de exposición a la vergüenza pública. / La de confinación en los presidios de África. / La de reclusión en una casa de corrección siempre que pase de cinco años. / La de extrañamiento perpetuo del Territorio Español”.

405 Art. 64, párr. 1º, PCC 1831.

406 Art. 68 PCC 1831.

407 Art. 64, 2º párr., PCC 1831.

Del alcance personal –el único tratado por los dos proyectos que circundan al suyo– dirá:

Para ningún efecto del derecho común será trascendental la infamación legal del reo a su familia ni parientes⁴⁰⁸.

No terminaba de raerse del ordenamiento este inmoderado, obsoleto *desquite* que denigra al súbdito infractor, mas el tímido avance de estos proyectos –aún bajo el absolutismo, no se olvide– se muestra por lo menos superador de tiempos oscuros y trasnochados reyes –aquéllos increpados por fray Luis de León–, “[...] que les parece que son señores cuando hallan mejor orden, no sólo para afrentar a los suyos, sino también para que vaya cundiendo por muchas generaciones su afrenta, y que nunca se acabe”⁴⁰⁹. Por último, para dar la adecuada publicidad a una consecuencia jurídica del delito fundada sobre la opinión pública,

todas las sentencias en que se imponga pena que cause infamación legal se anunciarán por carteles en la residencia del Tribunal que la haya pronunciado y en los lugares de la perpetración del delito, de la naturaleza y del domicilio del delincuente⁴¹⁰.

Pues bien, tan completa regulación de la infamia –blanco de los reparos de la segunda Junta de Código Criminal⁴¹¹– constituye la única aparejada, siquiera *de lege ferenda*, a la deportación decimonónica, puesto que si en 1822 sí se entró a sistematizarla con alguna extensión, lo fue adherida indefectiblemente como accesoria –exclusiva aplicación interesante al objeto de este estudio– a otros castigos, no a la deportación; después, ya no volverá más a los códigos, ni siquiera en proyecto, asumiendo su rol aflictivo las inhabilitaciones o suspensiones de derechos civiles y políticos –no desconocidas en estos pioneros textos codificados–, pero de efectos más livianos y

408 Art. 67 PCC 1831.

409 Fray LUIS DE LEÓN, *De los Nombres de Cristo*, p. 275.

410 Art. 66 PCC 1831.

411 “El 65, es una repetición del 37; la explicación que hace el 66, sobre los lugares en que deben anunciarse las sentencias de infamia, ni es necesaria ni oportuna. Es muy justa y está muy bien colocada la prevención del artículo 67; pero el 68, que describe los derechos civiles que se pierden por la infamia, parece más propio de la ley civil” (“Consulta o dictamen de la Segunda Junta, 1832, sobre los anteriores proyectos”, en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. II, apd. V, p. 362).

muy diferente enjundia⁴¹². Cuando llega la pena de infamia hasta las puertas del Código Penal de 1848, opta éste, obediente a los previos trabajos preparatorios⁴¹³, por cerrárselas en principio con inflexibilidad: “la ley no reconoce pena alguna infamante”⁴¹⁴; y, sin embargo, a renglón seguido da cabida en su escala general de penas a la de argolla, castigo sin duda infamante a los ojos de la sociedad, según vamos a tener oportunidad de examinar en breve por haber andado también la exposición a la vergüenza pública alguna vez anejada a la pena de deportación. A fin de cuentas, quiéranse abolir todas las penas y aún perdurará, prepotente, una de ellas, alfa y omega de la punición, reproche anagráfico, en estado puro: la infamia, el concepto en que queda el criminal ante la sociedad, el *anatema de la fama*⁴¹⁵.

d) La argolla o vergüenza pública.

Grandes concomitancias guarda, pues, esta consecuencia jurídica del delito con la anteriormente tratada: la infamia penal, cuyo menoscabo constata y autoriza la ley, llega a ponerse en escena mediante la *exposición a la vergüenza pública* –la histórica *picota*⁴¹⁶, la más moderna *argolla*–, comportadora, por consiguiente, de tanta o más infamia que aquella escueta declaración de haber perdido el buen nombre⁴¹⁷. A decir de algunos, tan aflictiva virtualidad, que excluye dentro de la sociedad y funda en esta permanencia su mayor aspereza, la conecta también con la inveterada marca e incluso,

412 MASFERRER DOMINGO, *La pena...*, pp. 386, 399.

413 Ya la 3ª de las BCP 1844, prefijaba que “no se establecerá en el Código la pena de infamia”, como, por la 4ª, “tampoco se atribuirá esta cualidad a algunas de las penas que en él se reconozcan” (cfr. nota siguiente).

414 Art. 23 CP 1848, concordado casi a la letra con otro del Proyecto de 1845, según leemos en ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 555 (art. 43), y subsistente en CP 1850, pero juzgado innecesario a la altura de 1870. Léanse las respectivas exégesis para este precepto de PACHECO, *El Código...*, pp. 310-313, o, menos convencidos, de CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 140, y [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 333-335.

415 Véase JOSÉ MARTÍNEZ RUIZ [AZORÍN], “La sociología criminal”, *Obras completas*, pp. 543-544.

416 *Partidas*, VII.31.4, la conocida ley clasificatoria de las penas: “la setena es quando condepnan á alguno que se azotado ó ferido paladinamente por yerro que fizo, ó lo ponen por deshonra dél en la picota” (es pena menor).

417 PACHECO, *El Código...*, p. 311.

hacia el futuro, con el baldonador etiquetaje del casillero de penados y rebeldes⁴¹⁸.

En el Proyecto de Código Penal de 1º de noviembre de 1821 aparecía como octava pena corporal *la de vergüenza pública*⁴¹⁹, tan próxima a la sanción antevista que el mismo Calatrava, en su presentación parlamentaria, comenzaba por englobarla entre las penas de infamia, *una de las medicinas más provechosas en la farmacia legal*⁴²⁰. Arrancó la discusión entre contrapuestas observaciones de los informadores para afrontar en la cámara una nutrida batería de réplicas y contrarréplicas; argüía la Comisión sus bondades en prevención general⁴²¹ y se veía redargüida con su olvido de una prevención especial⁴²² a la que prefería poner excepciones⁴²³ enseguida también contes-

418 *EJE*, t. III, p. 388, y t. XXX, p. 751; consúltese, con toda amplitud y solvencia, Pedro ORTEGO GIL, “La pena de vergüenza pública (siglos XVI-XVIII). Teoría legal castellana y práctica judicial gallega”, *ADPCP* 51 (1998), pp. 153-204.

419 Art. 29 PCP 1821 (y la siguiente pena en el orden de las corporales –novena, pues– era *la de ver ejecutar una sentencia de muerte, marca ó vergüenza*).

420 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1337 (la invención de la metáfora se le reconoce a BENTHAM, *Tratados...*, p. 316).

421 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1337: “la comision no puede convenir de manera alguna con los que opinan que debe suprimirse esta pena. Cree que bien aplicada, esto es, reservada para aquellos delitos que son infames á los ojos del público, puede ser sumamente útil, porque es una de las más á propósito para causar aquel saludable escarmiento que debe ser el fin principal que se propongan las Córtes”, y es que “cuando la ley va de acuerdo con la opinion, entonces la pena infamatoria da un resultado prodigioso, porque causa un efecto terrible en el ánimo de los demás ciudadanos que tienen honor, y por lo mismo tiemblan de incurrir en ella”.

422 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1337: “la pena de vergüenza, lejos de prometer la enmienda, asegura la incorregibilidad, porque deja al reo sin vergüenza ó sin honor, ó lo que es lo mismo, sin temor al desprecio de los demás hombres”, de manera que “[...] quita toda esperanza de enmienda, [...] solo sirve para habilitar al criminal á que cometa todo género de delitos por haber perdido el pudor, el decoro y la vergüenza, único freno que podia contenerle en la carrera de los vicios. Además de que yo hallo una contradiccion entre el establecimiento de esta pena y la extincion de otras de su clase, que las Córtes han abolido con su sabiduría y prudencia por el bien de la humanidad: tales son la afrentosa de horca y la de azotes públicos, extendiendo su benigno influjo hasta la flagelacion privada que se practicaba en las escuelas de primeras letras” (*ibidem*, p. 1338).

423 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, pp. 1337-1338: “digo que no todas las penas tienen por objeto la enmienda del delincuente, [...] y digo que tampoco es el objeto principal la enmienda del delincuente, sino el escarmiento de los demás el precaver los delitos. [...] Así, pues, ruego que se vea esta pena con respecto á los efectos que ha

tadas⁴²⁴: tal fue el campo de batalla sobre el que se libró este punto del debate, con dialéctica valedera para futuros contrastes de pareceres⁴²⁵. En definitiva, “declaróse el punto suficientemente discutido, y no fue aprobada esta pena”⁴²⁶; holgaban por ende los preceptos proyectados en su desarrollo⁴²⁷, como huelgan desde el punto de vista del presente estudio, ya que la propuesta *vergüenza pública* por entonces iba a funcionar como pena principal o autónoma, octava de las corporales⁴²⁸, y no se pretendía emparejar accesoriamente a la deportación; sí en el siguiente intento codificador. Con todo, al emitir informe el vocal de la Comisión Manuel García Gallardo sobre el hoy perdido Proyecto de 1836, revisión que era de este Código, contrapesaba la tacha de *poco ejemplares* que le merecían las restricciones ambulatorias con la compostura de que “[...] debían ir precedidas de la exposición pública de los condenados a ellas”⁴²⁹, crítica, pues, por igual enderezada contra aquel corpus *trienal*. Antes se ha reseñado, al inquirir los mínimos elementos caracterizadores de la deportación albergados por el Proyecto de 1830, que éste vincula la pena de argolla, previamente colocada entre las corporales⁴³⁰, a aquélla (entre otras sanciones punitivas). La colocación es similar a la de 1821, pero el estatus se ve radicalmente modificado: allí, pena principal, ahora accesoria. Esta *argolla* penal,

No excederá de cuatro horas y siempre irá unida a la de obras públicas, confinamiento a castillo o fortaleza, o deportación a alguna de nuestras islas⁴³¹.

de causar en los que la ven, no en el que la sufre, porque ya se supone perdida la vergüenza en los autores de los delitos en que se impone”.

424 DSC 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1338, en donde, preguntándose retóricamente el diputado Marcial López por los *efectos saludables* de esta pena, no encuentra “ninguno absolutamente, pues que las reincidencias son frecuentísimas, la pérdida de honra sin esperanza de volverla á tener ha sido segura, los curiosos no han visto sino un espectáculo de risa, y el temor de la pena ha sido ninguno, pues ordinariamente sufren la de vergüenza los que no la conocen”.

425 V. gr., ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 565.

426 DSC 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1340. Sí se aprobó otra pena, *la de ver ejecutar una sentencia de muerte* (arts. 28 y 62 CP 1822, 29 y 64 PCP 1821), extravagante, *per se*, a la deportación, que PACHECO, *El Código...*, p. 467, reputa *castigo semejante al de nuestra argolla*.

427 Arts. 63, 66, 67, 71 PCP 1821.

428 Art. 29 PCP 1821.

429 LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 237.

430 Art. 6 PCC 1830 (y 45 PCC 1834).

431 Art. 70 PCC 1830 (y 92 PCC 1834).

La *Enciclopedia Jurídica Española*, regateándole orígenes más antiguos, asevera que “la primera noticia exacta de la *pena de argolla* se encuentra en el proyecto de Código criminal de 1834”⁴³²; mal puede concederse, cuando la *argolla* ya estaba aquí, en el Proyecto que comento y aun en el de 1821 bajo nombre de *vergüenza pública* (aunque –preferencia formal– *atado a un palo con una cuerda*⁴³³), sobre todo cuando la sabemos tan identificada, hasta el final, con el Derecho del Antiguo Régimen⁴³⁴. El régimen ejecutivo en que consiste la *noticia exacta* de 1834, pero cuya iniciativa emana de 1830, como casi todo el corpus, consiste en que las condenas a argolla

[...] se ejecutarán en los pueblos en donde resida el Juez del Partido que formó la causa, si no hay grave inconveniente que lo estorbe, y al efecto se trasladará el ejecutor de la justicia con la escolta necesaria⁴³⁵.

Los domingos y fiestas, los días del Rey y Reina, Príncipe y Princesa de Asturias, los de su cumpleaños, los de vacaciones, carnestolendas y Semana Santa, y los de los Patronos del pueblo en donde haya de ejecutarse la sentencia, no son hábiles para ello⁴³⁶.

Los condenados a sufrir la pena de argolla por sentencia ejecutoriada serán conducidos por el ejecutor de la justicia, acompañándoles el escribano, alguaciles y la escolta necesaria, al sitio donde esté colocada⁴³⁷.

El ejecutor de la justicia o el pregonero en su defecto, la pondrá asegurada al cuello del reo dejándole la cadena, de que penda la argolla, una vara de largo, y permane-

432 *EJE*, t. III, p. 388.

433 Art. 63 PCP 1821.

434 V. gr., hacia 1759, Joseph BERNÍ Y CATALÁ, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles, y practica moderna*, t. III, p. 118, contaba la vergüenza pública entre *las penas en el día* y, sin ir más lejos, un José María Calatrava cuadragenario, introduciendo esta pena ante las Cortes, en *DSC* 1821-1822, t. II, n° 84, ses. 17-XII-1821, pp. 1338-1339, se dejaba llevar por remotos recuerdos de cuando “[...] siendo niño ví puesta en la argolla á una mujer por un hurto”.

435 Arts. 697 PCC 1830 y 773 PCC 1834.

436 Art. 698 PCC 1830; varía un tanto su equivalente en PCC 1834, el 774: “Los domingos y fiestas, los días del Rey y Reina, Príncipe y Princesa de Asturias, los de sus cumpleaños, los de vacaciones de tribunales, los de ferias y patronos del pueblo en donde haya de ejecutarse la sentencia, no son hábiles para ello”.

437 Arts. 720 PCC 1830 y 792 PCC 1834.

cerá el reo con ella en pie las horas por que estuviere condenado; y concluídas, se restituirá a la cárcel⁴³⁸.

Y no pasarán tales *horas por que estuviere condenado* –no se olvide– de cuatro⁴³⁹. Hay, además, en 1830 una exclusión singular de su aplicación para las embarazadas⁴⁴⁰ que resurge ensanchada a los cuatro años en el nuevo texto preparatorio:

Esta pena no se impondrá a los que gocen de nobleza hereditaria o personal, a los mayores de setenta años y menores de diez y siete, ni a las mujeres estando embarazadas⁴⁴¹.

Anotemos que en 1831 Sainz de Andino también encajaba *la exposición a la vergüenza pública dentro de las diferentes clases de penas*, con el concepto de infamante⁴⁴², mas con la restricción de que “esta pena será accesoria a la de trabajos en los presidios y arsenales para los delitos en que la ley lo determine, y no podrá imponerse con ninguna otra que sea menos grave”⁴⁴³. Si volvemos sobre la tabla de penas previa advertimos que, *en los delitos enormes*, la deportación va justo antes de los *trabajos públicos en arsenales y presidios*, mas, al no cobrar la certeza de que la ordenación siga ahí con escrupuloso esmero el criterio de gravedad, bien poco puede concluirse: tal vez la vergüenza pública asimismo hubiera podido acompañar accesoriamente a la deportación, como más grave, si algún precepto la hubiese habilitado para determinado tipo delictivo..., pero estas elucubraciones están de sobra ante la defectuosa interrelación penológica.

De modo que el primer acceso de la vergüenza pública al ordenamien-

438 Arts. 721 PCC 1830 y 793 PCC 1834.

439 Cfr. nota IV/431.

440 Art. 699 PCC 1830: “La mujer embarazada no sufrirá, mientras lo esté, ninguna de estas penas, ni se le hará saber la sentencia en que se imponga”.

441 Art. 93 PCC 1834. Revísense el 66 y el 71 PCP 1821.

442 Arts. 36.1 y 37 PCC 1831.

443 Art. 56, párr. 2º, PCC 1831; su primer párrafo ensayaba las líneas maestras de una reglamentación ejecutiva: “la pena de exposición a la vergüenza pública se ejecutará sobre un cadalso que se levantará en alguna plaza teniéndosele de pie con las manos atadas y el cuello sujeto por medio de una argolla a un madero, sobre el cual y en la parte que esté más alta que la cabeza del reo, se fijará un cartel que anunciará el nombre de éste, su delito y condena”.

to codificado tiene lugar a través del corpus de 1848⁴⁴⁴, no sin polémica ya desde su gestación (Vizmanos y Álvarez, primero como individuos de la comisión redactora y después como manualistas, le mostraron su rechazo⁴⁴⁵) ni sin la protesta ceñuda de Pacheco, si hostil a esta pena en el fondo, todavía más cuando, en la forma, a su previsión en la escala penológica precedía la máxima de que “la ley no reconoce pena alguna infamante”⁴⁴⁶: por fuerza había de sorprender y denunciar la antinomia el fino jurista⁴⁴⁷. La cuestión no le pillaba de sorpresa, pero él había rectificado un tanto sus posiciones: ya en las deliberaciones de la comisión actuante entre 1844 y 1845, en la que se le había encuadrado, partiendo casi en iguales términos del mismo rechazo rotundo de la penalidad infamante⁴⁴⁸, los comisionados resolvieron con grandes vacilaciones dar el pláceme a la argolla y Pacheco no se atrevió a votar contra ella entonces “[...] porque puede haber casos en que pueda ser necesario agravar así la pena de los cómplices”⁴⁴⁹. Sin embargo, tampoco en estas ocasiones va a acompañar a la pena principal de deportación: en 1845 corre vinculada a los trabajos forzados perpetuos y como modo de ejecución de *la pena de presenciar la ejecución del último suplicio*⁴⁵⁰; y en 1848 es la de cadena perpetua la única que, con fórmula del propio texto legal, *la lleva consigo*⁴⁵¹. Así tenemos, con lo visto, que solamente en dos textos codificados –y éstos faltos a la postre de positivación– se pretendió anejar la argolla o vergüenza pública como accesoria a la deportación, un castigo éste, por lo demás, tan escasamente in-

444 Como primordiales, arts. 24 y 113 CP 1848 (los mismos números y determinaciones en CP 1850).

445 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 219, 231-232. En el Congreso sumose, v. gr., el reproche del diputado Antonio Corzo (DSCCD 1847-1848, t. III, n° 82, p. 1769).

446 Art. 23 CP 1848 y CP 1850.

447 PACHECO, *El Código...*, pp. 311-313, 321 (véase *id.*, *Estudios...*, pp. 241, 281, 306-307). No es la suya la única exégesis discrepante ni mucho menos: v. gr., GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 94; Juan VALERO DE TORNOS (dir.), “Código penal comentado”, en *La ley, enciclopedia de Derecho*, c. 16, pp. 18, 20. E incluso en la propia discusión parlamentaria del Código se alzaron las voces de los diputados Fernández Baeza (DSCCD 1847-1848, t. III, n° 80, ses. 11-III-1848, p. 1738) o de Gómez de la Serna frente al contrasentido (*ibidem*, n° 82, ses. 14-III-1848, p. 1769).

448 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 555 (art. 43): “La Ley no reconoce pena alguna infame”.

449 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 565.

450 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 565 (art. 60 [61]).

451 Art. 52.1^a CP 1848, conservado en CP 1850.

famante o *vergonzoso* que se reservaba para ciertas contravenciones penales de orden político.

e) La inhabilitación absoluta.

Dejo puesto de manifiesto que la muerte civil no entra en los Proyectos de 1830 y 1834. En cambio, tras hablar del *condenado a muerte natural*, prevé solamente el segundo texto:

Los que sufran otras penas corporales continuarán en el goce de sus bienes, pero tendrán suspensos los derechos civiles por el tiempo de la duración de la pena⁴⁵².

Mucho se ha dulcificado en esta suspensión la temible muerte civil. El siguiente Proyecto, el de 1845, manantial del Código del 48, venía a decir que

Los relegados pierden los derechos políticos, y respecto a los civiles se estará a lo dispuesto en el Código civil⁴⁵³.

Esta remisión al ordenamiento civil procedió de desconfianza en dejar la gestión de los derechos civiles del reo en manos del gobierno, que era lo determinado por el Código de 1822⁴⁵⁴. Con más lograda precisión (se pormenorizan contenidos y alcances), en 1848, desestimada ya de todas todas aquella ficción punitiva de la muerte civil,

Las penas de relegación perpetua y extrañamiento perpetuo llevan consigo las siguientes:

1^a. Inhabilitación absoluta perpetua para cargos públicos y derechos políticos.

2^a. Sujeción á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal⁴⁵⁵.

452 Art. 77 PCC 1831.

453 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567 (art. 65).

454 De seguro, en las mentes de todos los intervinientes estaba el conocido art. 144 CP 1822 cuando Vizmanos, en ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567, manifestaba: “no soy de la opinión que se establezca aquí esa arbitrariedad de que el Gobierno pueda o no reintegrar en los derechos perdidos por consecuencia de la pena de relegación, porque esto es lo mismo que establecer la facultad en el Gobierno de agravar o minorar la pena”.

455 Art. 54 CP 1848.

Las penas de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales, presidio menor y correccional y confinamiento mayor, llevan consigo las de inhabilitacion absoluta de los penados para cargos ó derechos políticos, y sujecion á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquélla⁴⁵⁶.

Difiriendo para su consideración aparte la sujeción a vigilancia, me detendré ahora tan sólo en los efectos de tales inhabilitaciones absolutas, cuya aflictividad *retroactiva e impeditiva*⁴⁵⁷ va a ser el recambio político-criminal aprestado por el legislador para aquella muerte civil tan fuera de época.

La pena de inhabilitacion absoluta perpetua produce:

1º. La privacion de todos los honores y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque sean de eleccion popular.

2º. La privacion de todos los derechos políticos, activos y pasivos.

3º. La incapacidad para obtener los cargos, empleos, derechos y honores mencionados.

4º. La pérdida de todo derecho á jubilacion, cesantía ú otra pension por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes.

No se comprenden en esta disposicion los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda ó los hijos del penado⁴⁵⁸.

De los cuatro números, dos inquietan vivamente a Pacheco, comenzando por el segundo, donde al arremeter contra esos *derechos políticos* concernidos “[...] se pone su inteligencia; su definición no se da” y, si hubiera que alambicarla por contraposición a los llamados *derechos civiles*, aparecerían zonas comunes de ardua delimitación, por lo cual preferiría el escoliasta que este punto la ley “[...] lo hubiese definido por enumeración”, máxime cuando “*todos los derechos políticos no pueden ser objeto de perdimiento o de suspensión, aun suponiendo que no quepa duda acerca de los que corresponden a aquella clase*” y que a él se le alcanza que deben de ser le parecen ser *la capacidad para obtener destinos, la electoral activa y pasiva en toda la esfera pública, la de ser jurado, la de ser tutor o curador, la de ser perito y la de ser llamado como testigo para ciertos actos solemnes*⁴⁵⁹. Mas, como nada de esto determina la ley, esa generalización

456 Art. 57 CP 1848.

457 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 308.

458 Art. 30 CP 1848.

459 PACHECO, *El Código...*, pp. 336-338.

con que a la letra se conduce pudiera dar en el absurdo, y es por esto por lo que Gómez de la Serna y Montalbán, aprontando diversos ejemplos, concluyen que “no creemos que en la mente de los legisladores tuviera la estension que encierra en su sentido literal y en el jurídico”⁴⁶⁰; en otros tratadistas discurre el análisis por un mismo estilo⁴⁶¹, mas, entre todos, destaca la interpretación la interpretación cuasi *auténtica* de Vizmanos y Álvarez Martínez acerca de la latitud que pretendió conferirse a dicha cláusula: “la inhabilitacion absoluta perpétua es la mas grave, y lleva consigo la pérdida de todas las distinciones sociales y políticas, colocando ademas al penado en una condicion inferior á la de todos los españoles, que por [...] nuestro código político son admitidos á los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad”⁴⁶². Al cuarto subapartado lo tilda Pacheco de *inconveniente e injusto*: “pase en buen hora por las cesantías, derechos extraños, que sólo han debido su causa a los desórdenes de nuestra administración. Pero las jubilaciones, los retiros, esas pensiones y derechos que se ganan por un número considerable de años, o por haberse inutilizado sirviendo al público: éstos, toda legislación bien ordenada debe reputarlos una propiedad”, por donde en su despojo legal sólo podrá verse lisa y llanamente una confiscación⁴⁶³. La crítica a aquella segunda privación prevista valdrá por igual para el precepto que configura la versión temporaria del castigo:

La pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos públicos ó derechos políticos, produce en el penado:

1º. La privacion de todos los honores y de los empleos y cargos públicos, aunque sean de eleccion popular.

2º. La privacion de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena.

3º. La incapacidad para obtener los empleos, cargos, derechos y honores mencionados, igualmente por el tiempo de la condena⁴⁶⁴.

Incluso en el primer caso –a perpetuidad–, la lenificación de unas consecuencias que previamente eran de muerte civil salta tan a la vista que sorprende –así, a un Pacheco disconforme con la descompasada benevolen-

460 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 110.

461 V. gr., GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 152-153; o VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 159.

462 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 248.

463 PACHECO, *El Código...*, pp. 339-340.

464 Art. 31 CP 1848.

cia— que el deportado llegue a eludir hasta esa interdicción civil reservada para la pena de cadena⁴⁶⁵. Por lo demás, el Código se ocupa de la rehabilitación⁴⁶⁶ y del indulto⁴⁶⁷ de estas inhabilitaciones accesorias, así como de su adaptación a la circunstancia de los eclesiásticos (limita sus efectos a cargos, derechos y honores no eclesiásticos, pero los extiende al mero ejercicio de su ministerio)⁴⁶⁸. Aparte de esta especialidad, como pone de relieve Quintano, inhabilitaciones y suspensiones muestran toda su eficacia tan sólo con referencia a funcionarios públicos, sin pasar muchas veces de ser para las profesiones privadas una cláusula de estilo⁴⁶⁹ (no obstante, habrá que extender la efectividad igualmente a los ámbitos, públicamente intervenidos, de la colegiación profesional). No se tocó esta regulación en 1850⁴⁷⁰, sí en 1870, aunque con una orientación muy similar a sus precedentes, salvo algunos tenues y precisos retoques, quizá el más notorio —y en el que luego entraré— aquél que deriva del descarte de la sujeción a la vigilancia de la autoridad en la escala general de penas. El antecedente Proyecto de 1869 se quedaba a medio camino, puesto que, simplificando ya aquella etiqueta de *inhabilitación absoluta para cargos públicos y derechos políticos* de 1848 hasta la de *inhabilitación absoluta*, perpetuas o temporales, del Código del 70, sí dejaba todavía subsistente la vigilancia de la autoridad⁴⁷¹. Así pues, ahora,

465 Arts. 52.3^a y 55.1^a CP 1848 (cfr. notas IV/353 y IV/355).

466 Art. 44 CP 1848: “Los sentenciados á las penas de inhabilitacion para cargos públicos, derechos políticos, profesion ú oficio, perpetua ó temporalmente, pueden ser rehabilitados en la forma que determine la ley [...]”, una ley de cuya falta y urgencia se querrela PACHECO, *El Código...*, p. 351.

467 Art. 45 CP 1848: “La gracia de indulto no produce la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos y derechos políticos, ni exime de la sujecion á la vigilancia de la Autoridad, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitacion ó exencion en la forma que se prescriba en el Código de procedimientos”; una vez más, PACHECO, *El Código...*, p. 351, echa de menos este desarrollo.

468 Art. 38 CP 1848: “Cuando la pena de inhabilitacion en cualquiera de sus grados y la de suspension recaigan en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos, derechos y honores que no tengan por la Iglesia. Los eclesiásticos incurso en dichas penas quedarán impedidos en todo el tiempo de su duracion para ejercer en el reino la jurisdiccion eclesiástica, la cura de almas y el ministerio de la predicacion, y para percibir las rentas eclesiásticas, salva la cóngrua”. Atiéndase a la paráfrasis de PACHECO, *El Código...*, pp. 341-342.

469 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 537.

470 Y subsiste en CP 1850, para todos los artículos antevistos —54, 57, 30, 31, 52.3^a, 55.1^a, 41, 44, 45 y 38—, la primigenia numeración del CP 1848.

471 Arts. 54 y 57 PRCP 1869.

Las penas de relegacion perpétua y extrañamiento perpétuo llevarán consigo⁴⁷² [...] la de inhabilitacion perpétua absoluta, cuya pena sufrirá el condenado, aunque se le hubiere indultado de la principal, si en el indulto no se le hubiere remitido aquella⁴⁷³.

Las penas de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales llevarán consigo la de inhabilitacion absoluta temporal en toda su extension⁴⁷⁴.

Y estas penas temporales llevarán consigo las accesorias por todo el tiempo de su duración, con independencia del ceñimiento temporáneo que la inhabilitación de referencia posea en cuanto principal, conforme a la explanación jurisprudencial ofrecida por sentencias en casación de 23 de junio de 1871 y 26 de noviembre de 1884⁴⁷⁵; tampoco la subsistencia de la accesión inhabilitadora –sienta asimismo el Tribunal Supremo el 26 de noviembre de 1881 o el 8 de enero de 1885– podrá ser menor que la de aquellas sanciones principales⁴⁷⁶.

De acudir al detalle consecuencial de tales inhabilitaciones absolutas en 1870, veremos que, aparte varias alteraciones gramaticales sin mayor transcendencia, los apartados o efectos segundos han sido puestos al día, con posterioridad al Proyecto de 1869⁴⁷⁷, produciendo *la privacion del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos de eleccion popular*, bien perpetuamente, bien *durante el tiempo de la condena*⁴⁷⁸. Ciertamente, en el nuevo articulado se dejaba completamente definida esta penalidad como quisieron los comentaristas del corpus antecesor, mas con un radio mucho más restringido de lo que Pacheco tenía en la mente –*si no padecemos una ilusión*– dos décadas atrás⁴⁷⁹. Por descontado, esta reducción de alcances al derecho de sufragio activo y pasivo se llevó también a los preceptos que se ocupaban de rehabilitaciones e indultos⁴⁸⁰, modernizándose asimismo, con ideario laicis-

472 Art. 56 CP 1870.

473 Art. 55 CP 1870; la prescripción acerca del indulto ya estaba en el artículo 45 CP 1848 y sigue, reiterada, en el 46 de ahora (cfr. nota IV/480).

474 Art. 60 CP 1870.

475 José María PANTOJA, *Repertorio de la jurisprudencia criminal española*, pp. 396-397; León MEDINA/Manuel MARAÑÓN, “Código Penal”, *Leyes penales de España*, p. 26; NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 551-553.

476 ALEU, *Código...*, pp. 78, 80.

477 Arts. 30 y 31 PRCP 1869.

478 Arts. 32 y 33 CP 1870.

479 PACHECO, *El Código...*, p. 337.

480 Arts. 45 CP 1870 (“Los sentenciados á las penas de inhabilitacion para car-

ta, el que se refiere a reos en que concurra el estado de religión⁴⁸¹. Coexistiendo con las disposiciones generales, operan dos especialidades a través de los Códigos penales militares. Por el de la Marina de Guerra, de 1888:

Las penas de [...] relegación [...] perpetuas o temporales, [...] cuando fuesen impuestas á los Oficiales, producirán los efectos siguientes:

[...]

Las perpetuas de relegación [...], la pérdida de empleo ó grado.

Las temporales de relegación [...], la separación del servicio⁴⁸².

Para los individuos no comprendidos en el artículo anterior, los efectos de las penas designadas en el mismo serán los siguientes:

[...]

Las de relegación [...], la obligación de volver á la Marina á cumplir en servicio disciplinario el tiempo que les falte de su empeño en activo, extinguida que sea la condena⁴⁸³.

Por el de Justicia Militar de 1890, que se desentiende de la modalidad temporal para oficiales o acaso la olvide por simple errata,

Las penas de la ley común que á continuación se expresan, cuando fuesen impuestas á Oficiales, producirán los efectos siguientes:

[...]

Las perpetuas de relegación [...], la separación del servicio⁴⁸⁴.

gos públicos, derecho de sufragio, profesion ú oficio, perpetua ó temporalmente, podrán ser rehabilitados en la forma que determine la ley”) y 46 CP 1870 (“La gracia de indulto no producirá la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos y el derecho de sufragio, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitacion”).

481 Art. 40 CP 1870: “Cuando la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus clases, y la de suspension recayeren en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos, derechos y honores que no tuvieren por la Iglesia, y á la asignacion que tuvieren derecho á percibir por razon de su cargo eclesiástico”.

482 Art. 62, párrs. 1º, 3º y 4º, del Código Penal de la Marina de Guerra (“Real decreto, aprobando el proyecto de Código penal para la Marina militar”, de 24 de agosto de 1888 [CPMG 1888], en *CLE* 141, disp. 145, pp. 490-569.

483 Art. 63, párrs. 1º y 3º, CPMG 1888.

484 Art. 201, párrs. 1º y 2º, del Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 [CJM 1890] (“Real decreto, mandando publicar en la *Gaceta de Madrid* y en las de Ultramar el Código de justicia militar”, de 27 de septiembre de 1890, en *CLE* 145, disp. 158, pp. 402-573).

Para los individuos de las clases de tropa, los efectos de las penas designadas en el artículo anterior serán los siguientes:

Las de relegación [...], la obligación de volver al Ejército á cumplir el tiempo que al penado le reste de su empeño, extinguida que sea la condena⁴⁸⁵.

Se atiende el Código carlino al articulado de 1850, pero con las ligeras variantes, que son ideológicas, de escamotear toda referencia a los *derechos políticos*⁴⁸⁶. El Proyecto de 1880 sigue, en cambio, el vigente corpus de 1870, aunque con nueva recomposición sólo formal del precepto que se refiere a la relegación perpetua⁴⁸⁷, arreglo éste dispuesto tanto por el Código para Cuba y Puerto Rico como por el dado a las Filipinas con la recuperación de la sujeción a vigilancia accesoria:

Las penas de reclusion perpetua, relegacion perpetua y extrañamiento perpetuo llevarán consigo la de inhabilitacion perpetua absoluta y sujecion á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de su vida, las cuales sufrirá el condenado, aunque se le hubiere indultado de la principal, si en el indulto no se le hubieren remitido⁴⁸⁸.

Las penas de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales llevarán consigo la de inhabilitacion absoluta temporal en toda su extension y sujecion á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de la condena y otro tanto más, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella⁴⁸⁹.

El Proyecto *Alonso Martínez*, que únicamente tenía la medida temporal en su panoplia de penas, se había, por ende, limitado a prescribir una accesión por el tiempo de condena. Luego, advertido que no es sólo la durabilidad lo que aparta un tanto este precepto de la línea usual, quedamos sin saber qué casos habrían de comprenderse entre esos *especiales* reservados a ley posterior:

Las penas de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales llevarán consigo

485 Art. 202, párr. 1º y 2º, CJM 1890.

486 Arts. 50 y 53, con 29 y 30, CPC 1875. Véase GÓMEZ DE MAYA, “El Código...”, pp. 120-121.

487 Arts. 54 (“Las penas de reclusion perpetua, relegacion perpetua y extrañamiento perpetuo llevarán consigo la de inhabilitacion absoluta perpetua, la cual sufrirá el penado aunque se le hubiere indultado de la principal, si en el indulto no se le hubiere remitido aquella”) y 58 (con la relegación temporal) PRCP 1880.

488 Art. 54 CPCPR 1879, con el cual coincide el 55 CPF 1884.

489 Art. 58 CPCPR 1879, al que se ajusta el 59 CPF 1884.

la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo lo que disponga la ley en casos especiales⁴⁹⁰.

Sin cambios en la recuperada proyección durativa de por vida, la inhabilitación absoluta sigue comportando el contenido accesorio de la relegación que los hermanos Silvela llevaron a su Proyecto:

La pena de relegación perpétua llevará consigo, como accesorio, la de inhabilitación absoluta perpétua; y la de relegación temporal, la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena⁴⁹¹.

Viene a decir lo mismo, simplificando la dual redacción, el Proyecto *Montilla* al prever que

La pena de relegación llevará como accesorio la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena⁴⁹².

Dentro del Código de la Dictadura primorriverista, al igual,

La deportación producirá la inhabilitación absoluta del penado durante la condena⁴⁹³.

No obstante, los alcances de esta accesoriedad que San Martín Lo-

490 Art. 57 PCP 1882 (precisa el alcance de esta accesoriedad en sus arts. 46 y, por remisión, 45).

491 Art. 55, párr. 4º, PCP 1884. Art. 57 PCP 1884: “La pena de inhabilitación absoluta perpétua durará tanto como la vida del penado, y producirá los efectos siguientes: / 1º. Privación de todos los honores, cargos y empleos públicos que tenga el penado, aun los de elección popular, é incapacidad para obtener otros. / 2º. Privación del derecho de elegir y de ser elegido para cargos públicos de elección popular. / 3º. Pérdida de todo derecho á jubilación, cesantía ú otra pensión por los empleos que haya servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno, previo informe del Tribunal, podrá concederle por servicios eminentes. / No se comprenden en esta disposición los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda é hijos del penado”. Art. 58 PCP 1884: “La pena de inhabilitación absoluta temporal producirá los efectos expresados en los dos primeros números del artículo anterior, durante el tiempo de la condena”.

492 Art. 55, párr. 2º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571 (váyase a sus arts. 59 y 60, *ibidem*, pp. 572-573).

493 Arts. 119 CP 1928 y 124 PCP 1927.

sada patentiza ser ya inmediato efecto de la pena⁴⁹⁴, en lo que difieren de los configurados desde 1848, entrañan una buena muestra del viraje autoritario y rigorista:

La inhabilitación absoluta producirá la pérdida de todos los honores, cargos y empleos públicos que tuviere el penado aunque fueren de elección popular; y durante el tiempo de la condena, la incapacidad para obtenerlos, la privación del derecho de sufragio activo y pasivo y la del ejercicio de los demás derechos políticos y de ciudadanía. Perderá además el derecho a jubilación, cesantía u otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, si el delito cometido lo hubiera sido en relación con funciones de su cargo.

Salvo precepto contrario, serán respetados los derechos pasivos que correspondieren a la familia del penado por los servicios prestados por éste, hasta la fecha en que cometió el delito⁴⁹⁵.

Aunque así fue en el Código de 1928, su Proyecto se mostraba algo más benévolo:

La inhabilitación absoluta producirá la pérdida de todos los honores, cargos y empleos públicos que tenga el penado, y la incapacidad para obtenerlos, así como la privación del derecho de sufragio y elegibilidad y de todos los derechos políticos o de ciudadanía consignados en la Constitución, por todo el tiempo de la condena.

No alcanzará la pérdida, en ningún caso, a los derechos pasivos que correspondieran al penado, para sí o su familia, en la fecha en que cometió el delito⁴⁹⁶.

Debió de parecer poco y se tocaron entonces los derechos de jubilación, engrosando a su costa los menoscabos sancionados por el Código. Después de haber estirado la figura hasta esa *privación del ejercicio de los demás derechos políticos y de ciudadanía*, tan lata, se retoma el camino ya trazado para considerar la recaída de la pena sobre persona eclesiástica⁴⁹⁷, la

494 SAN MARTÍN LOSADA, *El Código...*, p. 97.

495 Art. 121, párrs. 1º y 2º, CP 1928.

496 Art. 126, párrs. 1º y 2º, PCP 1927.

497 Art. 122 CP 1928: "Cuando las penas de inhabilitación y suspensión de cargo público recaigan en persona eclesiástica, se limitarán sus efectos a los cargos, derechos y honores que no le hubiesen sido conferidos por la Iglesia, y a la asignación que por aquellos tuviese derecho a percibir con cargo a los presupuestos del Estado, Provincia o Municipio"; paréese con el art. 128 PCP 1927.

rehabilitación⁴⁹⁸ y el indulto⁴⁹⁹ que hayan de afectar al pronunciamiento inhabilitatorio. Por último, también en el Anteproyecto penal de la Falange, con indiscriminada amplitud y con un contenido análogo al correspondiente de 1932, ahora aligerado, en aras de sus economías totalitarias, de cualquier alusión a *elección popular* y exornado, a cambio, con lo *corporativo o gremial...*,

Las penas de relegación, reclusión, extrañamiento, presidio, confinamiento, prisión y destierro, llevarán consigo la de inhabilitación absoluta⁵⁰⁰.

Recapitulando, desde 1848, cuando se *relega* definitivamente la penalidad antigua (muerte civil, confiscación...), no hay quiebra en la unanimidad con la que resulta recibida por los sucesivos Códigos y proyectos la inhabilitación absoluta como la más propia acesión acoplable, según corrían los tiempos, a la pena relegatoria.

f) Los trabajos u ocupaciones.

Predicar la accesoriadad respecto a las labores realizadas dentro de la deportación sólo puede dimanar de su contemplación diacrónica, pues llega un momento en que –a decir de Dorado Montero–

Todo lo anterior, sin embargo, [...] no merece, en rigor de verdad, ser considerado como deportación verdadera, en el sentido y con el carácter y finalidad con que se ha practicado y se practica en varios Estados modernos, á comenzar desde el siglo XVIII, esto es, cuando se inaugura la deportación inglesa. Con esta última es cuando da principio una

498 Art. 123 CP 1928: “Los sentenciados a las penas de inhabilitación para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio, podrán ser rehabilitados en la forma que determinan los artículos 210 y siguientes de este Código”; véanse el 129 más el 247 y siguientes PCP 1927.

499 Art. 124 CP 1928: “La gracia de indulto no producirá la rehabilitación para el ejercicio de los cargos públicos y el derecho de sufragio, si en el indulto no se concediere especialmente tal rehabilitación”; véyase al 130 PCP 1927.

500 Art. 43 AFCP 1938. “La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: / 1º. La privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado. / 2º. La privación de los derechos cívicos, entendiéndose por tales los de carácter público, administrativo, profesional, corporativo o gremial y análogos. / 3º. La incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados por el tiempo de la condena” (art. 34 AFCP 1938).

deportación realmente organizada en sistema, y ella, sobre todo la realizada en Australia, es la que han tenido y siguen aún teniendo ante la vista, para preconizarla é imitarla, ó al contrario, para condenarla, cuantos de la deportación se han ocupado y ocupan, ya como legisladores, ya como hombres simplemente de doctrina y ciencia⁵⁰¹.

Comprobaremos después la verdad de este aserto mediante varias citas de las intervenciones parlamentarias propiciadas por el Proyecto de Código Penal de 1821: tiene razón Dorado en que el referente, para bien o para mal, es Inglaterra, la Australia, la Bahía Botánica..., pero traspasado de la ciencia jurídica poseída por los hombres de Derecho que están debatiendo, puesto que las Partidas, con su *deportatio* y su *relegatio*, no eran solamente un muy difundido y estudiado cuerpo legal del siglo XIII, ies que en su conjunto era Derecho en uso!, tenido al menos como tal (y estudiado, pues, en la universidad), aunque –esto, por descontado– sin afectar a toda institución por igual... Importa siempre, para la fijación certera de contenidos, distinguir la deportación de otras penas adyacentes, de las cuales la primera es la de extrañamiento; lo que separa aquélla de éste, de acuerdo con la no ambigua construcción legislativa y doctrinal de que ya se ha dado noticia a propósito del elemento confinatorio como nota constitutiva y esencial de la deportación, acaso no requiere mayor acotamiento que el allá desarrollado, mas, tratándose de un punto que tuvo presencia en la discusión del proyecto de Código, al hilo del destino del deportado *á los trabajos ú ocupaciones que su jefe disponga, conforme á los reglamentos respectivos*⁵⁰², convendrá traerlo ahora a colación, puesto que, sobre la base de la libertad restringida del deportado, sometido al control del jefe del establecimiento o asentamiento ultramarino, frente a la libertad total en que se pone al extrañado, excepción hecha de la de regresar a España, se planteó el tema de la índole de tales ocupaciones, cavilosos los parlamentarios por vedar cualquier tipo de arbitrariedad en su señalamiento, lo que se procuró mediante la cláusula de conformidad *á los reglamentos respectivos*, de modo que, estando en efecto dirigidos por la su-

501 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 763.

502 El precepto inicialmente preparado por la Comisión sólo presentaba la primera parte de la proposición: “el deportado será destinado en su deportacion á los trabajos ú ocupaciones que su jefe disponga”, pero, a la vista de los informes remitidos por las corporaciones del país, se introdujo en ese artículo 51 PCP 1821 que sería el 50 CP 1822 definitivo, como una de las *variaciones que en el proyecto de código penal propone la comision que lo ha formado* la siguiente coletilla: *conforme á los reglamentos respectivos* (“Variaciones...”, p. 552).

perioridad dichos trabajos, se dejase a la normativa reglamentaria el cuidado y la previsión de que lo fuesen sin desatender en lo factible las inclinaciones, intereses y facultades del sentenciado. La descripción codificada no parece cumplir con estrictez aquella cualidad que García Goyena y Aguirre piden a las penas: que sean *sencillas en su descripción*, dado que “su denominación es á veces origen de oscuridad”⁵⁰³, como parece el caso: el paradigma jurídico-cultural más accesible en España venía constituido por la *deportatio* de las Partidas –lo repitió alguna vez el mismo Calatrava a la Cámara–, pero lo que se trataba de acoplar al ordenamiento penal era un mecanismo transplantado de fuera, de Europa, no coincidente con la institución romana ni en su planteamiento ni en sus fines, de ahí el inicial desconcierto de aquellos diputados que no habían pasado del *Digesto*, que no estaban particularmente al tanto de la moderna penología... Saliendo al paso de los mixturados discurrimientos⁵⁰⁴, en su respuesta, José María Calatrava aclaró por la comisión el sentido que ésta daba a la fórmula del artículo:

[...] si bien al deportado se le debe ocupar en lo que el jefe disponga, no al arbitrio de éste, sino conforme á los reglamentos respectivos, no se opone esto á que se ocupe en lo que sea más análogo á su inclinacion, oficio ó circunstancias, ni á que pueda ganar alguna

503 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 108-109.

504 Aflora el problema partir de la cuestión suscitada por el diputado y magistrado Manuel Luis González Allende: “en la deportacion se le confina al reo en una isla de donde no puede salir nunca, viviendo sujeto á la vigilancia del que la gobierne: en el extrañamiento del Reino le queda al reo la libertad de ir á vivir donde quiera fuera de la Nacion, de la cual se le arroja, pudiendo dedicarse al ejercicio y trabajo que más le acomode, sin que nadie se lo impida. Pero al deportado á una isla ó colonia [...] se le determina la ocupacion y trabajo que ha de tener en virtud de las órdenes y la voluntad del jefe, que ha de disponer de él segun los reglamentos, quitándole la libertad de dedicarse al trabajo ó industria que más le convenga y para el que tenga disposicion; [...] de suerte que en mi opinion, á los deportados se les imponen dos penas: una de deportacion á un sitio de donde no pueden salir, y otra la de dedicárseles á estos trabajos, lo cual me parece una injusticia. A mí me parece que esto es muy duro, y quisiera que el deportado tuviese la libertad para adquirir su subsistencia, y aun la de mejorar su suerte, y fomentar su fortuna en el ramo de industria que quiera, ya que no le queda otra esperanza de volver á su Pátria. Y si no se fija bien esta idea, los jefes, creyendo que á los deportados se les envia bajo sus órdenes, se creerán autorizados para hacerles padecer, y no para permitirles gozar del fruto de su trabajo: los mortificarán á su arbitrio, y les privarán hasta de trabajar con utilidad suya en aquello que más análogo sea á sus inclinaciones” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1390).

cosa si se aplica. La comision no dice que se le trate como á un reo de trabajos perpétuos ó de obras públicas, sino que se le destine á lo que sea más á propósito: cuál ha de ser esta ocupacion, los reglamentos lo dirán; basta prescribir aquí que no debe ser al arbitrio del jefe [...]. Tal vez se les ocupará en lo que puedan sacar alguna ganancia; y si no, siempre se les dejará algun tiempo libre [...]. La comision cree muy conveniente que no se les permita estar ociosos en la deportacion, y que se ocupe á cada uno en lo que sea útil. Esta ocupacion es provechosa para ellos mismos; pero, repito, la comision no dice cuál ha de ser, ni que se les considere como á los reos, cuyo castigo debe consistir principalmente en el trabajo: todo eso lo deja, y debe dejarse, á los reglamentos respectivos⁵⁰⁵.

Aunque los abogados que firman con las iniciales J. S. y A. de B. su comentario al Código de 1848 querrán distinguir la relegación de éste por la libre dedicación del condenado a su profesión u oficio frente a una deportación de 1822 en la que los trabajos servidos serán los que su jefe disponga⁵⁰⁶, el verdadero espíritu de los tales parece más el que expone Calatrava: *no al arbitrio de éste y sí en lo que sea más análogo á su inclinacion, oficio ó circunstancias*. Con obviedad, no se trata de una pena utilitaria: el matiz del trabajo –a más de alimenticio– es puramente correccional, indicativo de la buena conducta que puede procurar al reo la recuperación de ciertos derechos. Así, mientras que de esta deportación quedan liberados los mayores de setenta años⁵⁰⁷, anotemos que, en una hipotética deportación colonizadora, así la preconizada por Cadalso, “[...] como para colonizar, para ejecutar los trabajos del campo, se necesita gente robusta, es de gran conveniencia fijar un máximo de edad en los individuos que haya de ser deportados”; más aún: “es preciso que los que sufran la deportación en las lejanas colonias sean jóvenes, robustos y vigorosos, para que puedan, sin menoscabo de la salud, hacer la travesía, y una vez instalados en el nuevo suelo, emprendan con brío los trabajos y realicen sin flojedad las rudas faenas necesarias para entrar en cultivo

505 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1390-1391. “Yo no sé, permítaseme decirlo, cómo se ven los artículos, ni cómo se hacen ciertos argumentos” –se lamentaba Calatrava, como hará en múltiples oportunidades y temas, ante interrogantes y objeciones de sus compañeros referentes al trabajo penal– (*ibidem*, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1378). Véase, sobre *el saber de los diputados en la ciencia juridicopenal*, ANTÓN ONECA, “Historia...”, p. 271.

506 J. S./A. de B., *Código Penal de España. Sancionado por S. M. en 19 de marzo de 1848, enmendado con arreglo á los reales decretos de 21 y 22 de setiembre de 1848 y anotado*, p. 68.

507 Art. 66 CP 1822 (68 PCP 1821).

y hacer fértil la tierra virgen é inculta”⁵⁰⁸. Así lo querrá cierto Real Decreto de 26 de enero de 1889, que no prosperó, cuando mande crear una colonia penitenciaria agrícola, establecida bajo el régimen del trabajo obligatorio”⁵⁰⁹, en Mindoro, a base de reos de entre dieciocho y cuarenta y cinco años⁵¹⁰. Hablamos –a qué dudar– de puniciones bien diferentes, mucho más cuando los *trabajos u ocupaciones* dejen de ser exigibles como lo son en el Código de 1822; es más, aunque “el principio de la mejora del criminal por la relegación ha sido aplicado siempre, desde la *relegatio* del Imperio romano hasta nuestros días”⁵¹¹ –reza su exposición de motivos–, resulta que de ningún modo se quiere contaminar dicha pena de relegación, la del Código, con el trabajo utilitario y nada más “serán destinados para constituir la colonia los condenados á cadena ó reclusión perpetua ó temporal”⁵¹².

En la misma directriz de cotejar la deportación con penas vecinas que contienen o pudieran contener alguna característica común con aquélla, otra pena *secante* pueden ser los trabajos perpetuos. Primeramente, carecen éstos de la nota de extrapeninsularidad que incorpora la deportación, toda vez que los condenados a ellos “serán conducidos al establecimiento mas inmediato de esta clase, y en él estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros”, llevando constantemente *una cadena que no les impida trabajar*, pues “los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los mas duros y penosos”⁵¹³, a cuyo respecto había manifestado José María Calatrava, el miembro de la comisión que llevó el mayor peso en la defensa del proyecto ante las Cortes⁵¹⁴, que ésta “[...] considera necesario que los trabajos de estos reos sean más duros que los de obras públicas, y éstos más que los de

508 CADALSO, *La pena...*, pp. 40, 48.

509 R. D. de 26 de enero de 1889 cit., art. 1º.

510 R. D. de 26 de enero de 1889, art. 3º.1º.

511 R. D. de 26 de enero de 1889, exposición de motivos (p. 67).

512 R. D. de 26 de enero de 1889, art. 3º.

513 Art. 47 CP 1822, dimanante del 50 PCP 1821 o del 48 de las “Variaciones...”, p. 552, rehechas por la comisión (el retirado y primigenio art. 48 del Proyecto aprestaba para estos reos la marca en la espalda con hierro ardiente...).

514 Acúdase a LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 53, 135, 142-143; ANTÓN ONECA, “Historia...”, p. 269; Juan SAINZ GUERRA, “José María Calatrava o la codificación penal a comienzos del siglo XIX”, en Alvarado Planas/Serrano Maíllo (eds.), *Estudios...*, pp. 355-357; Manuel TORRES AGUILAR, “El proceso de la primera codificación penal y la Constitución de Cádiz”, en José Antonio Escudero (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, Espasa, Madrid, 2011, t. II, p. 462.

presidio”⁵¹⁵. Durante la minuciosa discusión del Proyecto de Código penal en las Cortes, entre el 23 de noviembre de 1821 y el 13 de febrero del año siguiente, se entró concretamente a diferenciar esos trabajos perpetuos de los *trabajos ú ocupaciones* que forman uno de los contenidos de la deportación y, en este punto, resultan sin duda esclarecedoras algunas de las argumentaciones emitidas por los diputados opinantes –aunque sin soslayar que a menudo carecen de cualquier formación jurídica–, en las que viene a confirmarse la naturaleza restrictiva de libertad, pura e intrínsecamente, de la deportación. El mismo Calatrava –él, sí jurista– entendía que

[...] la pena de deportacion consiste principalmente en la deportacion misma, es decir, en que el reo sea llevado para siempre á una isla ó colonia remota, y no en los trabajos en que hayan de ocuparse los deportados. Probablemente en la deportacion no habrá trabajos públicos, y habrá que dar ocupaciones muy diferentes á los deportados. Así que el trabajo no es la base esencial de la pena de deportacion, pero lo es, y esencialísima, en la de trabajos perpétuos⁵¹⁶.

Al hablar indistintamente de isla o colonia, se desprecia de modo tácito la distinción de Filangieri entre una deportación a las islas sólo anulatoria y otra a las colonias ya organizada como utilitaria⁵¹⁷. Puede decirse que aquí la esencialidad del trabajo en la deportación es de segundo grado, derivada o deducida de la buena conducta que, en su libertad vigilada, será, por efecto o por defecto, el componente axial en la ejecución o desenvolvimiento de esa sentencia condenatoria; pero el trabajo, ya nuclear desde la misma denominación de la pena, adquiere una esencialidad de primerísimo orden en la configuración de los *trabajos forzados*, perpetuos o temporales. Y en esta misma línea, ya con una diafanidad concluyente que debiera agotar el tema, se expresa otro parlamentario de los mejor informados, Romero Alpuente, en razonamiento arriba ya aducido: “[...] allí se les darán á tales reos trabajos ú ocupaciones [...], pero no en clase de pena”⁵¹⁸. Otro mecanismo punitivo –éste ya de gravedad menor que la deportación⁵¹⁹–, el de las *obras públicas*, se ejecutará en “[...] los establecimientos de esta clase, procurándose que sean los mas inmediatos al pueblo en que se hubiere cometido el delito” (hay en esto

515 DSC 1821-1822, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1377.

516 DSC 1821-1822, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1377.

517 FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, pp. 22-23.

518 DSC 1821-1822, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1378.

519 Art. 28 CP 1822 o 29 PCP 1821.

una intención ejemplarizante), saliendo “[...] á trabajar públicamente y sin escepcion en los caminos, canales, construccion de edificios, aseo de calles, plazas y paseos públicos, sujetos de dos en dos con una cadena mas ligera que la de los condenados á trabajos perpetuos”⁵²⁰. Pero tanto en éstos como en aquélla lo que resulta es, en suma, extraño a la deportación: intrapeninsularidad, encierro o cadena, penosidad..., nada que ver con los trabajos y ocupaciones del deportado, *en los que pueda sacar alguna ganancia* y corregir incluso el rumbo de su vida. Por último, los presidiarios, “sin cadena ni otras prisiones á menos que las merezcan por la mala conducta que observen, serán destinados al servicio de hospitales, oficinas ó establecimientos públicos, reparacion ó construccion de obras y limpieza de la poblacion, según la calidad de cada uno, con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupacion constante y efectiva”⁵²¹: nuevamente se trata de tareas en provecho del común, temporales y muy mediatizadas por la militarizada reglamentación del presidio⁵²². Un último apunte aún esclarecedor de la idea que en 1821 se tenía de esta deportación en fase de diseño nos lo proporciona alguna de las intervenciones en el Congreso: puesto que “el Código penal no puede desentenderse jamás de un delincuente á quien se impone una pena”⁵²³, pese a la obligada actividad laboral de los reos, se sigue en última instancia “[...] que en estos establecimientos que se trata de formar, deberá suministrárseles todo lo que necesiten, á lo menos para sostener medianamente su existencia”⁵²⁴ cuando su celo no llenase tales necesidades.

Ya ha aparecido varias veces en este estudio la cláusula salida de las comisiones de 1830 y 1834: “la deportación se entenderá siempre con destino a obras públicas u otros servicios de piedad o utilidad común que los reos puedan hacer en las islas”⁵²⁵; y ya he anotado que esta especie de *trabajos*

520 Art. 55 CP 1822; 56 PCP 1821. Según interpretación de Calatrava, en las obras públicas “[...] no puede haber más que una ocupacion, que es la de las mismas obras; y en los presidios las hay y puede haberlas muy diferentes” (*DSC 1821-1822*, t. II, n° 88, ses. 21-XII-1821, p. 1397).

521 Arts. 57 CP 1822 y 58 PCP 1821.

522 Léase, v. gr., a José Luis BERMEJO CABRERO, “Derecho e instituciones en el Antiguo Régimen”, *Estudios de Historia del Derecho y de las Instituciones*, pp. 79-80.

523 *DSC 1821-1822*, t. II, n° 90, ses. 23-XII-1821, p. 1424.

524 *DSC 1821-1822*, t. II, n° 90, ses. 23-XII-1821, p. 1424. Y durante la vida legal de la relegación se producirían episodios de insuficiencia de abastos en los que esta doctrina quisiera hacerse valer (ARENAL, *Las colonias...*, pp. 91-92).

525 Arts. 71 PCC 1830 y 94 PCC 1834.

en beneficio de la comunidad, por servirnos de una terminología moderna en aras de la plasticidad, parece ir en contra de una existencia libre para los deportados, toda vez que vienen preteridos sus apetencias en materia laboral y unos intereses propios armonizables con el común. No posee mayor concreción en estos proyectos el contenido de penas como las de arsenales, minas y obras públicas, por lo que su comparación habría de resultar más hipotética que ponderada..., pero lo que sí dejan claro es el carácter esencial del trabajo dentro del contenido punitivo querido para la pena.

A los deportados, Sainz de Andino, en cambio, los quería “[...] ocupándose necesariamente en algún oficio o modo de vivir análogo a su capacidad física y moral”⁵²⁶, consiguiendo describir, una vez más con el acierto y completitud que falta en otros textos, los pormenores que en conjunto van a caracterizar y singularizar cada pena: por la de *trabajos perpetuos y violentos*, los reos, aunque *destinados a las posesiones españolas de Asia o de América*, lo serán *para emplearlos en las faenas más duras y penosas del servicio público*, siempre *separados de toda clase de personas* y con el embarazo de llevar “[...] constantemente grillete y cadena del mayor peso que sea compatible con el uso de los miembros de que han de valerse para el trabajo”⁵²⁷; las divergencias son tan enormes que no piden otro comentario que razone su delantera en la escala penal con respecto a la deportación⁵²⁸. Con su misma nominación de *trabajos públicos temporales en los arsenales y presidios* esta otra pena ya está dando pistas de que no serán tales el *oficio o modo de vivir análogo a su capacidad física y moral* que, probablemente con interés particular o privado, debe procurarse el deportado o bien le ha de ser facilitado⁵²⁹: aparte de su temporalidad (sin muerte civil, por ende⁵³⁰), las diferencias siguen siendo grandes respecto a unos presidiarios que “[...] vivirán en encierro con grillete y cadena y sólo saldrán de él en cuadrilla para trabajar en las obras públicas”⁵³¹. Por último, a los confinados a los presidios del África el gobernador del presidio “[...] los destinará al servicio interior de hospitales, oficinas o establecimientos públicos dándoles para su sustento la retribución que se prescriba en los reglamentos y si no hubiere ocupación de

526 Art. 50 *in fine* PCC 1831.

527 Art. 48 PCC 1831.

528 Art. 36 PCC 1831.

529 Art. 50, 2º párr., PCC 1831.

530 Arts. 51 y 62 PCC 1831: conforme al último, se recargan tales trabajos públicos con la *incapacidad moral* para la administración de los propios bienes.

531 Art. 55 PCC 1831.

este género en que emplearlos les permitirá que ejerzan el arte, oficio o especie de trabajo que más les convenga⁵³²: en principio, la asignación laboral vuelve a ser en beneficio público y sólo cuando no fuere posible, como lo que menos quiere el legislador es que los condenados queden ociosos, consienten en su aplicación a la faena *que más les convenga*, en lo que sí comporta un punto de contacto con la deportación, salvo la temporalidad de esta confinación en presidios africanos⁵³³, la vida sujeta o enmarcada por el presidio y las variaciones de grado en la pérdida de derechos, que es *incapacidad moral* para administrarse sus bienes en todo presidiario⁵³⁴. Aparte de todas estas consideraciones, genéricamente,

En las penas que tengan la calidad de sujetar a los reos a algún género de trabajos, no se concederá exención, dispensa ni rebaja de éstos, sino por enfermedad que cause inhabilitación o imposibilidad positiva para prestarlos⁵³⁵.

Y ya sabemos que, con preceptiva intimación, los deportados cumplen o cumplirían su condena bajo este corpus *ocupándose necesariamente en algún oficio o modo de vivir*⁵³⁶. Ninguna previsión al respecto se les ocurrió a los redactores del Anteproyecto de 1845, de forma que una posterior exigencia al reo en este sentido habría tenido difícil engarce en el sistema articulado, puesto que lo habría de estorbar la garantía de ejecución del principio de legalidad, en virtud de la cual “ninguna pena será ejecutada sino en la manera prescrita por la Ley sin que pueda ser agravada con accidentes o circunstancias no determinadas por las mismas [sic]”⁵³⁷. La dilatada elaboración del Código de 1848 –en la que cubre este texto una primera e inconclusa fase– permitió subsanar tan impensada carencia. Por lo demás, esa falta de mandato al reo para que se mantenga activamente productivo acalla cualquier duda o confusión ante los trabajos forzados en África, Canarias o Ultramar: no es sólo que éstos sean de naturaleza pública, *los más duros y penosos*, desempeñados, para más inri, bajo la mortificación de la cadena al pie y a la

532 Art. 58 PCC 1831.

533 Aquí sí debe apuntarse en el *debe* de Andino el dejar en el aire la duración de esta pena, aunque no su temporalidad (*durante el tiempo de la pena* –reza, por ella, el art. 62 PCC 1831–).

534 Art. 62 PCC 1831.

535 Art. 105 PCC 1831.

536 Art. 50, párr. 2º, PCC 1831.

537 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 555 (art. 42).

cintura⁵³⁸; es que a los relegados ni tan siquiera se les denota con asertividad expresa la necesidad de observar este elemento, sea como factor correccional, sea como garantía de subsistencia (y baste lo apuntado por ahora, pues parece cierto que la propia índole del texto articulado –un trabajo preparatorio, menos que proyecto en la forma y documentación conservadas– poca fuerza hace en pro de replantearse una evolución de la deportación con reajuste de sus proporciones y contrapesos).

La indicación de 1848 consiste en que “los relegados podrán dedicarse libremente [...] a su profesión u oficio”, con los solos límites espacial y de control gubernativo⁵³⁹, esto mientras los condenados a presidio quedan sujetos a un trabajo forzoso cuyo producto ha de venir destinado a hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito, a indemnizar al establecimiento de los gastos ocasionados y a formar a los presidiarios un fondo de reserva que se les entregará a su salida⁵⁴⁰, lo cual muestra a las claras toda la diferencia de concepto que media entre estos trabajos y las ocupaciones de los que el Código relega, libremente dedicados a su elección laboral; y todavía más allá coloca el legislador penal al encadenado y al recluso, trabajando con exclusividad en beneficio del Estado⁵⁴¹. Volviendo a la relegación, la lectura de Pacheco esclarece que “en esta pena no hay trabajo forzoso ni en beneficio del Estado. [...] Si tiene bienes y no quiere trabajar, nadie puede obligarle a ello. Si no los posee se dedicará a lo que su gusto o sus intereses le inspiren”⁵⁴². Ciertamente, la locución del nuevo Código, *podrán dedicarse libremente a su profesión u oficio*, no exige ningún trabajo u ocupación al relegado, como sucedía en 1822, como es uso generalizado en la deportación europea, no le obliga a nada en este aspecto; antes bien, su función es prohibitiva y hasta lenificante, como que está excluyendo la imposición al reo de cualquier labor forzada: la relegación no es en España, así, una pena utilitaria. Ahora bien, cuando el comentarista ecijano encuentra el pequeño archipiélago magallánico como el punto preferible para destino de los relegados, propone –según queda adelantado– un problema: que “en las Marianas será muy raro el condenado que encuentre recursos para sostenerse. Una de dos cosas, pues: o es necesario que no se envíe allí sino a la clase de

538 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 559 (arts. 51, 52 y 53).

539 Art. 102, párr. 2º, CP 1848.

540 Arts. 104 y 105 CP 1848.

541 Arts. 96, párr. 1º, y 100, párr. 2º, CP 1848.

542 PACHECO, *El Código...*, p. 454.

hombres que pueden vivir donde quiera, o lo es que el Gobierno auxilie y aun mantenga a los que de otro modo perecerían en aquellos dominios. Esa libertad del trabajo que el artículo proclama sería sólo burla o irrisión, si se enviase a un deportado a donde no puede trabajar, porque no hay objeto a sus conocimientos. ¿Qué harían en aquellas islas un abogado o un hombre de letras?”⁵⁴³. Lo que no existe paladinamente –repito– es una coerción a ocuparse en alguno de los trabajos u ocupaciones en que acaso pensaban los legisladores trienales como contenido al margen de la manutención o subsistencia: ahora –lo ha explicado Pacheco–, parece que, si la tiene asegurada de algún modo lícito, no tiene por qué emplearse en nada. Esta pena “no lleva consigo las de prision ni trabajo”⁵⁴⁴.

Sabido que el Proyecto de Reforma de la *parte general* y el Código de 1870 conservan la descripción procedente de 1848 (“podrán dedicarse libremente [...] á su profesion ú oficio”⁵⁴⁵), dada por buena en lo sucesivo⁵⁴⁶, aunque con alguna distorsionadora adherencia, como el vetusto *destino a las armas* en los Proyectos de 1882⁵⁴⁷ y 1884⁵⁴⁸. De entrada, Bernaldo de Quirós, en el Proyecto *Montilla*, de su autoría, se pliega a esos ya tradicionales parámetros⁵⁴⁹; mas acepta asimismo el destino al servicio militar e incorpora otra cláusula novedosa y acaso perturbadora del concepto que había ido sedimentándose a lo largo de la centuria recién terminada:

La pena de relegación se cumplirá también bajo el régimen del trabajo obligatorio en colonia penitenciaria, agrícola ó industrial, ó en estaciones navales⁵⁵⁰

¿De qué modo engrana este régimen de trabajo obligatorio con aquella *dedicación libre*?, ¿ese *se cumplirá también* implica una opción para la

543 PACHECO, *El Código...*, p. 454. Cfr. nota IV/524.

544 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 173.

545 Arts. 102 PRCP 1869 y 111 CP 1870.

546 Art. 98, párr. 2º, CPC 1875; art. 109 CPCPR 1879; art. 108, párr. 2º, PRCP 1880; art. 54, párr. 2º, PCP 1882; art. 110, párr. 2º, CPF 1884; art. 99, párr. 2º, PCP 1882; y art. 55, párr. 2º, PCP 1884.

547 Art. 99, párr. 4º, PCP 1884.

548 Art. 85 PCP 1884.

549 Art. 54, párr. 2º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571: “[...] podrán dedicarse libremente bajo la vigilancia de la autoridad á su profesion ú oficio”.

550 Art. 55, párr. 1º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571.

administración ejecutora?, ¿de qué, de quién depende este destino?, ¿qué sentido correccional pretendía dar a esa suerte de rediviva pena de arsenales? Demasiados interrogantes suscita tan lacónica implementación que, con todo el movimiento pro colonización penal, se quedó en conato. Pero ofrece pie para considerar el aspecto laboral de la deportación española con relación al habitual en el Derecho comparado de la época; retomando las puntualizaciones de Dorado, distingue Aramburu y Zuloaga lo que va del proceder previsto contra los repudiados reos en la deportación clásica al espíritu emergente *en la actualidad de algunos países*:

En los tiempos modernos la deportación ha adquirido una importancia considerable en el sistema penal de algunos países, pero hoy día su espíritu es completamente distinto del de la deportación practicada en Roma. Aquí reducíase á un medio cómodo para desembarazarse de ciertos delincuentes, especialmente políticos, sin proponerse ningún fin ulterior; en cambio en la actualidad, al fin del alejamiento de los criminales de la metrópoli, se une el del aprovechamiento de su trabajo en la colonización de tierras vírgenes ó incultas⁵⁵¹.

Pero este *aprovechamiento de su trabajo* fue en España, incluso superado el Antiguo Régimen y ya *en los tiempos modernos*, poco más que materia de discusión científica: la más duradera preceptiva de la relegación, la que corre de 1848 a 1928, no se cuida de tal aprovechamiento, sino que, ajena a la actualización internacional de la pena⁵⁵², su paradigma sigue siendo aquel de la deportación romana: *un medio cómodo para desembarazarse de ciertos delincuentes, especialmente políticos*⁵⁵³, cabalmente sus *culebras de cascabel...*, ese estorbo social que a toda costa se quiere enajenar. Sólo el Código de 1822, más en la letra de la ley que en la intención de sus redactores⁵⁵⁴, el de 1928, sin demasiada concreción, y este Proyecto de Bernaldo de Quirós intentan insuflar ese sentido utilitario a la deportación o relegación clásica, instalada en el acervo jurídico-cultural de los codificadores hispanos. Queriendo entrar al relevo, el espíritu correccionalista cuajará en propuestas como la de Dorado Montero en sus *Bases para un nuevo Derecho penal*, la de reformar los castigos “[...] del destierro y la deportación, no ya aplicados simplemente,

551 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 716.

552 Consúltese ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, pp. 715-719.

553 Jerónimo MONTES, *Derecho penal español*, v. II, pp. 398-399; CUELLO CALÓN, “Adiciones”, p. 720; *ID.*, *Penología*, p. 206.

554 CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 214.

como suele hacerse hoy, sino combinándolos con la colonización (interior ó ultramarina)”⁵⁵⁵.

La antepropuesta de articulado de Saldaña, en 1920, aparte de mantener la previsión de que “los deportados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, a su profesión u oficio”, aparte de ordenar que se le tenga “[...] en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir [...], con objeto de que pueda adquirir su subsistencia”⁵⁵⁶, parece que manipula este concepto tomado de la legalidad vigente en el sentido de incorporarle un cariz de obligatoriedad que derrama sobre toda la penalidad de libertad con un designio correccionalista, habida cuenta de que “en toda forma de encierro –fuera del domicilio– es característica esencial el *trabajo higiénico y remunerador*”⁵⁵⁷, siendo la deportación en su teoría y en su propuesta pena de las de encierro⁵⁵⁸:

A toda pena de libertad acompañará necesariamente el trabajo instructivo, para los que carecen de profesión; remunerador, cuando lo permitan las facultades del penado, e higiénico siempre. La índole del trabajo obligatorio será conforme con las aptitudes del condenado y dirigido a ponerlo en condiciones de ganar la vida después de su liberación⁵⁵⁹.

Nótese bien cómo, por mucha adaptación que tuviera esto a la relegación, arduo hubiera resultado conservar el equilibrio entre aquel *dedicarse libremente* y este *trabajo obligatorio*, de manera que quedasen compatibles una y otra exigencia. En las ulteriores bases proyectadas el año 1921, también “[...] el trabajo obligatorio será condición precisa de toda pena de privación de libertad”⁵⁶⁰. Últimamente, el Código de 1928, con el nombre de deportación, va a recuperar esa estimación moralizante del trabajo que los liberales del primer Código insuflaron a esta pena: los reos cumplirán “[...] dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establezcan”⁵⁶¹. En su fusión de relegación y confinamiento, el Anteproyecto falangista de Código Penal no parece querer obligar al relegado a trabajar, sino sencillamente mantener expeditas sus expectativas laborales, tal como desde el Código de 1870 se estaba precaviendo con miras a no agravar las condiciones del confi-

555 Pedro DORADO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, p. 124.

556 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párrs. 2º y 4º, ACP 1920).

557 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 101.

558 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 104 (art. 57 ACP 1920).

559 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 62 ACP 1920).

560 PLB 1921, b. 15.

561 Arts. 175 CP 1928 y 190 PCP 1927.

nado⁵⁶², la cual resulta previsión muy diferente al trabajo regimental prescrito para el deportado de 1822 y 1928:

Los Tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión o modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia⁵⁶³.

En definitiva, parece que, si bien el trabajo del deportado o relegado ha sido una preocupación constante en el legislador, no siempre lo ha entendido o tratado como componente, si no aflictivo, al menos correccional de la pena. Salvo las importantes excepciones remarcadas –muy restringidas ambas, 1822 y 1928, en el tiempo–, el interés de la ley, en vigor o en proyecto, ha estado en que el reo no se vea privado de sus recursos de subsistencia, en que no quede imposibilitado para subvenir a sus necesidades hasta verse abocado a una penuria injusta y, en sí misma, criminógena, en que –esto también– nunca quede responsable el Estado de la situación de desamparo que pudiera sobrevenir. La deportación, que llegó al *Trienio constitucional* todavía con gran parte de la carga aflictiva de antaño (perpetuidad exclusiva, muerte civil), rápidamente va quedando aliviada de ella (pero perdiendo, por ende, mucho de su identidad penológica). El de los trabajos obligatorios no parece ser uno de esos despojos a que se la somete más adelante, porque no están en la idea romana de origen⁵⁶⁴, ni aparecen como sustitutivo o recarga en la penosidad de un castigo que, desde esa configuración clásica, se estaba aligerando: su designio es antes regenerativo, tratamental, y constituyen, como contenido de la deportación, género híbrido de ocupación, no pública, sino privada, pero obligatoria; reitero que su genética, más que con lo utilitario, conecta con lo cívico: la buena conducta. Sin embargo, junto a la importancia que a tales efectos cobra la ocupación laboral, queda la dogmática de la pena: como jurista que era, el ponente Calatrava nunca se mostró confuso en cuanto a que “[...] la pena de deportacion consiste principalmente en la deportacion misma, es decir, en que el reo sea llevado para siempre á una isla ó colonia remota, y no en los trabajos en que hayan de ocuparse los deportados”⁵⁶⁵. Aun así, no afloró tan claro en la letra de la ley. Dicho remodelado en un sentido correccional o correctivo no cuajaría, porque, tras 1822, su soporte legal des-

562 Art. 116, párr. 2º, CP 1870.

563 Art. 82, párr. 2º, AFCP 1938.

564 Repátese MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 410-411.

565 *DSC 1821-1822*, t. II, nº 87, ses. 20-XII-1821, p. 1377.

aparece en breve y... se estanca toda evolución, como que la pena va a quedar prácticamente petrificada apenas acceda al ordenamiento con continuidad, a partir de 1848: en esta fase, se insiste en tener ocupado al reo, cuando menos, en pro de su salud moral, como índice de buena conducta, mas la coactividad decrece siquiera un punto, de suerte que –recordemos a Pacheco– “si tiene bienes y no quiere trabajar, nadie puede obligarle a ello. Si no los posee se dedicará a lo que su gusto o sus intereses le inspiren”⁵⁶⁶... Como en la sociedad, no se espera tanto que el individuo sea útil a sí o al común cuanto que no suponga una carga ni un mal ejemplo.

Queda una postrera cuestión relativa a este régimen de vida con amplia holgura no penitenciaria; y quizás sea el aspecto ocupacional el que con mayor vigor propicia y requiere la distinción entre deportación y los trabajos perpetuos, esto es entre el trabajo del deportado y el de los presidiarios o los condenados a trabajos forzosos en su especificidad ceutí (nunca constituyeron una misma realidad los presidios peninsulares y los norteafricanos⁵⁶⁷), aunque también cabría acometerla al hilo de la libertad de movimientos en que quedan los reos: si en la relegación debía suceder por ley, en el presidio hispano-rifeño se basó en la tradición y la necesidad u ocasión propiciadas por la primacía regimental del trabajo utilitario. Puesta la mirada en 1822, con aquel *isla ó posesion remota* del Código en la mente, importa distinguir la deportación, en orden a aquilatar sus contenidos o elementos, de otras penas adyacentes, cual es acaso el presidio en lo tocante al rasgo distintivo que se ha nombrado extrapeninsularidad. La razón de comparar, en el contexto del dicho Código, la deportación con esta otra figura punitiva proviene de la posible confusión en que pudo hacer incurrir en aquel momento uno de los dos preceptos definidores, en el Proyecto, de la pena presidial al querer estatuir que “no habrá presidios sino fuera de la Península”⁵⁶⁸; de hecho, esta divagación tuvo su reflejo parlamentario⁵⁶⁹. No obstante, aparte de que tal

566 PACHECO, *El Código...*, p. 454.

567 Véase, de 1831, J. F. A., *Diccionario judicial*, p. 189.

568 El 57 PCP 1821, transformado a la postre en el 56 CP 1822.

569 DSC 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336; Marcial Antonio López, confuso, pedía aclaraciones: “para poder votar, quisiera que los señores de la comisión me dijeran si esta pena de deportacion es aislada, ó la misma que la de presidio [...]. Y si con el tiempo la deportacion se hubiera de cumplir en casas fuertes de correccion donde las penas se graduasen, aunque no fuese en muy lejanas provincias, y allí se tratase de hacer útiles y buenos á los infelices que fuesen destinados á ellas, con más gusto votaria”; para él, ambos castigos “[...] dan una pena casi equivalente, [...] porque solo hay tres

especificación no pasó a la postre al texto definitivo, disipándose entonces esa hipotética afinidad (y el Código de 1848 aceptará presidios dentro del perímetro peninsular⁵⁷⁰), cabe añadir la naturaleza restrictiva de libertad de una sanción penal frente a la privativa, en principio, de la otra, la perpetuidad de aquélla y la temporalidad de ésta y, más que nada, la dispar naturaleza del trabajo en una y otra. Liminarmente, en el vocablo *presidio* se constata una evolución desde las originarias faenas en fortificaciones militares hasta el trabajo penitenciario intramuros de la prisión que comprende ya en el ecuador del siglo XIX⁵⁷¹, bajo la *versión oficial reformada* de 1850. Si su concepto histórico evolucionó, primero, *por necesidades de seguridad exterior*, en su segunda fase metamórfica reflejaba el triunfo del aprovechamiento de la pena, del elemento industrial⁵⁷². En vigor el Código de 1870, recapitula la *Enciclopedia Jurídica Española* la tendencia de la noción presidial desde aquellos orígenes con decir que “presidio es el lugar destinado para sufrir sus condenas los castigados á trabajos forzosos. Pluralizando el nombre, se aplica á los lugares de deportación que el Gobierno español tenía fortificados en la costa de Marruecos: Alhucemas, Ceuta, Melilla y Peñón de la Gomera. De igual modo se llamaron los seis lugares fortificados que España tuvo en tiem-

parajes en donde puedan fijarse esta clase de establecimientos”. Le contesta Calatrava, de la comisión especial: “esta pena nada tiene de semejante á la de presidio; lo uno porque la última es temporal, y lo otro porque la comision supone que, aunque no debe haber presidios sino fuera de la Península, estos han de estar en las islas adyacentes ó posesiones inmediatas”. Que deje de aludir al régimen penitenciario que caracteriza al presidio, aunque sus internos, como en la más grave pena de obras públicas, “salgan a trabajar públicamente”, no ha de significar que Calatrava lo admita en la deportación, pues tampoco menciona la muerte civil que taxativamente ocasiona en particular aquélla y nunca la pena de presidio (la cual se comide a traer aneja la interdicción judicial, por incapacidad física y moral, del art. 70 CP 1822).

570 Art. 107, párr. 1º, CP 1848.

571 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 174; JOSÉ LLORCA ORTEGA, *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*, pp. 119-120; GREGORIO LASALA NAVARRO, “Condena a presidios militares”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 89 (1952), pp. 63-67; *id.*, “Condena a obras y presidios de arsenales”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 119 (1955), pp. 14-29; y MARÍA ROSA PÉREZ ESTÉVEZ, “Delincuencia en la España del siglo XVIII: los presidiarios de Marina”, *Cuadernos de Investigación Histórica* 3 (1979), pp. 259-273.

572 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 590, 663-674. Una visión integrada de las penas utilitarias –galeras, presidio, minas–, se encuentra disponible en ROSA ISABEL SÁNCHEZ GÓMEZ, *Delincuencia y seguridad en el Madrid de Carlos II*, pp. 174-192.

pos de Felipe II en Nápoles [...]. Hoy la palabra presidios tiene significación parecida á la de penales, como para designar lugares destinados á residencia de sentenciados á trabajos públicos”⁵⁷³. Con el tiempo, al trabajo de fortificación sustituyó el remo en las galeras y a éste, por último, la faena en bombas y diques del presidio arsenal –como el de la Carraca ó Cuatro Torres, el Ferrol y Cartagena–. A lo largo del siglo XIX el presidio tiende a asimilarse cada vez más a la cárcel donde cumplir largas condenas, en una evolución que le lleva también a ir convirtiéndose en establecimiento peninsular: tras Real Orden de 5 de septiembre de 1844, los veintinueve presidios preexistentes bajo la Ordenanza General de Presidios de 1834 quedaron reducidos a trece, entre ellos Ceuta como único enclave fuera de la Península y sus adyacencias; por Real Orden de 19 de junio de 1893 se elimina el presidio de Palma de Mallorca; el Real Decreto de 6 de mayo de 1907 ordena el traslado a la Península de los penados de África, en Ceuta y en los renacidos Melilla, Alhucemas y Peñón de la Gomera... Si el alcance afflictivo del presidio ha acompañado de cerca a la configuración moderna de la deportación, precisamente en gracia a la nota de extrapeninsularidad que, con todo lo dicho, ha caracterizado a los presidios costero-rifeños, no menos ha podido deberse también a la esencialidad en ellos de esos trabajos penitenciarios que siempre entraron en tales castigos y que compadecen de alguna manera para la deportación en el Código trienal, exigente, no tan sólo fiscalizador, como para el confinamiento, del desempeño de *trabajos u ocupaciones* –el *modo de vivir*⁵⁷⁴–.

Pues bien, vueltos a su configuración bajo el Código de 1822, “los reos condenados á presidio serán conducidos inmediatamente al que se designe en la sentencia; y en él, sin cadena ni otras prisiones á menos que la merezcan por la mala conducta que observen, serán destinados al servicio de hospitales, oficinas ó establecimientos públicos, reparacion ó construccion de obras y limpieza de la población, segun la calidad de cada uno, con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupacion constante y efectiva, en lo cual no habrá nunca esencion, dispensa ni rebaja”⁵⁷⁵. Supuesto que, aunque no se puso la condición de ubicarlos fuera de la Península, el uso los lleva a la España norteafricana, la extrapeninsularidad, aun adyacente, existe *de facto*. Empero, siendo un problema que comienza referido a esa extrapeninsularidad que es consubstancial a la deportación, pero sólo accidental y facticia en

573 Isidro LIESA, “Presidios”, en *EJE*, t. XXV, p. 494.

574 Revísese el art. 72 CP 1822.

575 Art. 57 CP 1822.

el presidio, el problema acabará por resolverse más satisfactoriamente confrontando los trabajos y ocupaciones de los respectivos penados. En la explicación de Bermejo Cabrero, ésta del destino a presidios es *pena de tipo utilitario y al servicio de los intereses militares y estratégicos de la Monarquía*, por donde se colige al punto su parentesco *en claro paralelo con la pena de galeras*; destaca, así, en ella, como factor aflictivo, no el alejamiento innocuizador –a perpetuidad en 1822– de la deportación, sino el trabajo forzado con un alto componente de política militar. Escaseando una documentación que pudiera enjundiar tales trazos generales o esquemáticos⁵⁷⁶, con todo, testimonios y noticias suelen poner el acento sobre la medular presencia de unos servicios penosos y sin remuneración que invisten el presidio con un régimen de servidumbre penal en beneficio del Estado⁵⁷⁷. En realidad, el verdadero problema de los presidios, de la deportación y de tantas otras penas estriba en la discordancia entre la letra de la ley y la aplicación efectiva de la pena conforme a los medios materiales disponibles y al compromiso o empeño de los cuadros organizativos⁵⁷⁸.

Cuando a lo largo del siglo XIX se pretendió reglamentar la vida penitenciaria conforme al sistema progresivo (primero, incipientemente, en 1804; con resolución, en 1889; y como regla general en 1901⁵⁷⁹), las miradas del legislador español hubieron de volverse hacia el enclave ceutí⁵⁸⁰, en donde sin cobertura normativa se venía haciendo tiempo atrás una aplicación intuitiva de los principios de progresión en las libertades concedidas al presidiario con atención a su conducta o regeneración, práctica que entraña la clave de cercanía de las vidas del presidiario –pero sólo en la última fase de su condena– y del deportado⁵⁸¹. Un Real Decreto de 1889, que dio a Ceuta carta de naturaleza como colonia penitenciaria, lo expresaba a la perfección en un jugoso preámbulo firmado por Canalejas: necesidades defensivo-militares, especiales condiciones topográficas, sistema progresivo,

576 BERMEJO CABRERO, “Derecho...”, pp. 79-80.

577 Véase LUQUE DE LA PEÑA, *Cárceles...*, pp. 385-387.

578 En su glosa al art. 104 CP 1848, precisamente relativo al presidio, léase a VALERO DE TORNOS, “Código...”, p. 38.

579 “Real decreto reformando el régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas”, de 3 de junio de 1901, en *CLEAC* 9, disp. 134, pp. 319-327.

580 Véase Pedro FRAILE, *Un espacio para castigar: la cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, pp. 116-121.

581 Repásense NRLE, XII.40.7 y leyes siguientes; también NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 666.

identificación entre la plaza y el presidio, éxito utilitarista y penitenciario..., ahí está todo⁵⁸². Pero en la ley sólo el último grado, el que hoy llamaríamos de libertad condicional, parece parangonable sin violencia con la vida del relegado: ¿bastaba para levantar toda una *ciudad penitenciaria*, según dice el ministro? Si así fuera, no habría inconveniente en encuadrar, también en la práctica, el presidio, las cadenas y las reclusiones, como hace, entre otros, Santamaría de Paredes, dentro de la categoría de las *penas de privación de libertad combinadas con el trabajo*⁵⁸³; si no, si el presidio necesitase de toda o la mayor parte de la fuerza penitenciaria, ¿no estaría mejor hablar ya de restricción que de privación de la libertad? En otras palabras: de recurrir generalizadamente el sistema presidial norteafricano al trabajo de sus condenados para activar el día a día de la plaza fuerte, quizás habría que negar peso al factor reclusorio y aproximar Ceuta a la figura penal que se está considerando. Cadalso, el mayor especialista y valedor de la deportación colonizadora, lo tiene muy claro: “¿podremos llamar deportación al sistema de ejecutar las penas en Ceuta, y deportados á los que las sufren?

582 “Real Decreto, organizando la población penal de Ceuta como colonia penitenciaria, con arreglo á las bases que se expresan”, de 23 de diciembre de 1889, en *CLE* 143, disp. 307, pp. 1435-1447. Su art. 1º instaura que “la población penal de Ceuta quedará organizada como colonia penitenciaria”; el 2º, que “serán destinados con preferencia á esta colonia, conforme su capacidad lo vaya permitiendo [...]: / I. Los sentenciados á cadena perpetua. / II. Los sentenciados á reclusión perpetua. / III. Los sentenciados á cadena temporal. / IV. Los sentenciados á reclusión temporal”; y el 4º, que “en la colonia penitenciaria de Ceuta se cumplirán las penas con sujeción al sistema progresivo, á cuyo fin se distribuirá el tiempo de duración de la misma en cuatro períodos distintos que representen el grado de adelanto de cada penado, en su adaptación á la vida libre”; véase CADALSO, *La pena...*, p. 17. Parece cosa probada que tal sistema, tras este respaldo legal, continuó obteniendo el éxito previsto, pese a lo cual no libró al presidio del cierre decretado en 1911...; los penados que libremente circulaban por la colonia ceutí pasaron al cuarto grado progresivo de libertad condicional (“Ley estableciendo la libertad condicional para los penados sentenciados á más de un año de privación de libertad que se encuentren en el cuarto período de condena, que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta y que sean acreedores á dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad”, de 23 de julio de 1914, en *CLEAC* 51, disp. 61, pp. 99-102, art. adic.; “Real Decreto disponiendo que los penados procedentes de la suprimida colonia penitenciaria de Ceuta que gozaban de libre circulación por aquella Plaza sean declarados libertos, á menos que por su mala conducta no se hayan hecho acreedores á obtener este beneficio”, de 2 de agosto de 1914, *ibidem*, disp. 92, pp. 153-155).

583 SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios...*, p. 343.

Indudablemente⁵⁸⁴. Veamos: el deportado o relegado se halla reducido a confinamiento en un punto de Ultramar, pero libre, en la ley, para desempeñar laboralmente su actividad, con la única condición de que con efecto lo haga; mientras, el presidiario ceutí está inicialmente constreñido en su libertad a una prisión en sentido genérico, obteniendo progresivas confianza y soltura hasta llegar a moverse libremente por ese ente urbano que es *presidio-plaza-localidad* sólo en el último tramo regimental de su condena, ello con justificación antes utilitaria de servicio a la población del enclave que penológica. En resumen –y sigo al abogado barcelonés Elías–, la deportación o la relegación, como el resto de penas de restricción geográfica, “dejan al hombre en libertad” dentro de los límites de su condena, mientras que las cadenas o el presidio “constituyen al hombre en una especie de servidumbre”⁵⁸⁵, aunque se desarrolle sin encierro en sus últimas fases, bien que dentro de la plaza fuerte. Entendido, pero no se salda aquí la cuestión: en las cifras y datos que Luque de la Peña recoge del presidio de Ceuta, éste “suele encerrar más de 2000 confinados, de los que seguramente la mitad viven fuera del presidio. / Hay cocheros, oficiales de distintos oficios, mandaderos que no son otra cosa que confinados, algunos de los que pueden rodearse de ciertas comodidades. / Esto en realidad es un gravísimo defecto de la organización de los penales”⁵⁸⁶, a la par que, según testimonio que recaba Roldán Barbero, “apenas si serán veinte los penados que llevaban hierros en el presidio ceutí”⁵⁸⁷. ¿Cómo se compagina esto..?: a base siempre de irregularidades ejecutivas, reconociendo otra de las muchas *traiciones* administrativas a la ley –aunque sea a ley severísima–, erigida en quid de la confusión de la vida penal en los presidios africanos con el régimen pretendido para la relegación. De una parte, la de la ley, el Código de 1848 los quiso convertir en *centros de recepción de los penados a perpetuidad*, bajo un *régimen terrorífico*; de otro lado, el de la tradición y la realidad, se perpetuó el utilitarismo defensivo allí donde la necesidad inmemorialmente se había hecho virtud: “en África, debido todavía a la escasez de población civil, el presidio era más que nada una colonia. En la Península, por el contrario, los

584 CADALSO, *La pena...*, pp. 16, 18.

585 ELÍAS, *Aplicación...*, pp. 28-29, 31.

586 LUQUE DE LA PEÑA, *Cárceles...*, p. 385. Léase en Fernando DÍAZ-PLAJA, *Ilustres presos españoles: del Arcipreste de Hita a Miguel Hernández*, pp. 165-176, el capítulo intitulado *la ciudad-prisión* con referencia al presidio ceutí.

587 ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 100

muros permitían una tajante separación entre el mundo delinciente y el no delinciente”⁵⁸⁸.

Visto a grandes rasgos el sistema penitenciario ceptí y sus concomitancias con la relegación, conviene remarcar, entonces, que no puede predicarse lo mismo del resto de presidios hispanos: el africano era una excepción muy particular, en tanto que el régimen general conservaba y aumentaba el rigor de la ley, incluso hasta extremos propiamente ilegales: contra buena parte de la teoría y el diseño en ella contenidos, podemos representarnos la vida en el presidio por la huella que medio año de trabajos forzados en el de La Habana dejó en el prócer cubano José Martí: “el presidio es un infierno real en la vida” y nos traza la *débil pintura* de la cantera, los tratos vejatorios, las irregularidades sin cuento, como lo son, en el presidio departamental, ese trabajo exterior y con sujeción a cadena (propio no de la pena de presidio, sino de la de cadena a la que da nombre), como lo son los niños presidiarios (¡de once años!) o decrépitos (¡un centenario!)⁵⁸⁹...

g) La sujeción a la vigilancia postpenitenciaria de la autoridad.

Contrapunto a la libertad de movimientos de la cual goza el reo dentro del lugar donde haya de ejecutarse la condena es la especial vigilancia que sobre él va a ejercer la autoridad local. Uno y otro aspecto, libertad y vigilancia – restringida aquélla, especial ésta–, se complementan o contrapesan aquí y, como anverso y reverso de un mismo elemento, han sido tratados y emplazados como contenido esencial de cara a definir esta pena. Distinta de la pena autónoma de vigilancia y de la vigilancia esencial al contenido punitivo de la deportación, en el Proyecto de 1831,

Los que obtengan indulto de las penas de [...] deportación o extrañamiento perpetuo del Reino, estarán sujetos a la vigilancia especial de las autoridades por todo el tiem-

588 ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, pp. 100-101. Cfr. los arts. 47 y 57 CP 1822, arts. 96, párr. 1º, CP 1848 y CP 1850, art. 107, párr. 1º, CP 1870.

589 En un opúsculo, publicado en 1871 a su llegada –deportado– a Madrid, da salida a toda la hiel acumulada un jovencísimo –dieciocho años– MARTÍ, “El presidio...”, p. 66 para la cita entrecomillada; datos e impresiones, *passim*; además, *id.*, ‘Pollice verso (Memoria de presidio)’, de “Versos libres”, *Obras...*, t. XVI, pp. 135-138. Tan acerba etapa martiana viene narrada en MAÑACH, *Martí...*, pp. 35-42.

po de su vida, a menos que el mismo indulto o por gracia especial posterior se le dispense de esta sujeción⁵⁹⁰.

Bien así, la vigilancia *esencial* debe ser igualmente distinguida de esta otra *accesoria* que el Código de 1848 colocaba junto a las inhabilitaciones absolutas con que debía cargar el relegado:

Las penas de relegacion perpetua y extrañamiento perpetuo llevan consigo las siguientes: / [...] 2^a. Sujecion á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal⁵⁹¹.

Las penas de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales, presidio menor y correccional y confinamiento mayor, llevan consigo [...] sujecion á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquélla⁵⁹².

Hay, pues, una sujeción a vigilancia *post indultum*, en un primer caso que ya servían los Proyectos de 1831 y de 1845⁵⁹³, y postpenitenciaria –como *garantía y expiación*, justifica Pacheco⁵⁹⁴–, en el segundo, que no cabe en rigor subsumir en la que identificábamos como esencial a la deportación o relegación, aunque su latitud y despliegue hayan de coincidir materialmente y para ambas quepa una misma remisión al específico apartado consagrado en el presente estudio a esta vigilancia punitiva en cuanto pena principal. El Proyecto de Gómez de la Serna en 1869 sí había querido preservar esta pena y, en consecuencia, la tenía aquí por accesoria, al igual que el *Proyecto de ley sobre reforma del Código penal* presentado el 30 de mayo de 1870 a las Cortes para su aprobación, que con leves retoques se produjo en efecto, el cual también “[...] añadía, y sujecion á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida”⁵⁹⁵. La supresión de la vigilancia penal por el corpus de 1870 afectó, naturalmente, tanto a dicha pena principal como a la accesoria que se está considerando, aunque no –tam-

590 Art. 101 PCC 1831.

591 Art. 54 CP 1848.

592 Art. 57 CP 1848.

593 En ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 (art. 104, párr. 2^o), tenemos que sujetos “[...] a la vigilancia de la autoridad los cuatro años siguientes [...] lo quedan [...] los que sentenciados [...] a relegación o extrañamiento, obtuvieren gracia de S. M. que los libre de la condena”.

594 PACHECO, *El Código...*, p. 369.

595 “Notas” a CP 1870, ed. cit., p. 56.

bién naturalmente— a la sujeción a una especial vigilancia que la relegación de suyo, como el confinamiento, mal podía dejar de comportar. Recordemos, en fin, que durante su prolongada vigencia hubo otros articulados, especiales por razón del ámbito territorial, cuales son el carlista, el cubano-portorriqueño y el filipino, que recobraron la preterida sujeción a vigilancia de la autoridad en sus respectivas escalas penales y, por añadidura, entre la penalidad accesoria, perpetua para la relegación perpetua y temporal para la relegación temporal⁵⁹⁶. Al Proyecto de Código de 1884 se debe el planteamiento de ese antecedente de las medidas de seguridad en él nominado *consecuencia del delito o complemento de la pena*, más adelante analizado en profundidad con ocasión de la pena de sujeción a vigilancia; con este sistema, en efecto, entre otras previsiones, “los tribunales acordarán también en las sentencias [...] sujetar á la vigilancia de la autoridad á los delincuentes condenados á penas aflictivas de privación ó restricción de libertad [...]”⁵⁹⁷. Y, con carácter general, tanto en el Proyecto como en el Código primorrriveristas, se configura una vigilancia especial postejecutiva, de adopción gubernamental, que pudiera afectar al deportado como al resto de reos⁵⁹⁸ y que se considerará con el preciso detalle al estudiar la vigilancia en cuanto institución sustantiva en lo criminal.

La vigilancia de la autoridad sobre el condenado es, pues, esencial a la pena, llámese deportación o relegación, entre otras razones (así, la voluntad o finalidad innocuizadora), para equilibrar su régimen libre de vida en la colonia. Aparte, se establece por el Código de 1848 otra sujeción a vigilancia que se lleva al elenco de penas accesorias con un planteamiento que reitera la que debe presidir todo el tracto ejecutivo de la pena, pero cuyo único añadido al contenido punitivo reside en la vigilancia postpenitenciaria que se prepara al temporalmente relegado, completo que sea el tiempo de su condena, o a éste mismo y al relegado de por vida cuando se beneficiaren de un indulto. La sistemática adoptada en este punto por el legislador no altera ni debe confundir la diversa naturaleza, la ontogenia de ambos componentes de la punición.

596 Arts. 50 y 53 CPC 1875 (conforme a la ságoma de 1850), 54 y 58 CPCPR 1879, 55 y 59 CPF 1884.

597 Art. 40.4º PCP 1884.

598 Art. 107 CP 1928 y 111 PCP 1927: “Los Tribunales, en los casos en que por la gravedad del delito ó condición del delincuente lo consideren oportuno, podrán acordar en las sentencias que, por los encargados de su ejecución, cuando aquél haya cumplido la pena, se advierta á las Autoridades gubernativas el peligro social que represente, por si éstas entendieren que, dentro de sus facultades, deben adoptar medidas de vigilancia especial”.

C] Circunstancias modificativas de la punibilidad.

En algunos de los textos legales hallan entrada ciertas causas capaces de modificar la punibilidad *in concreto*: “los hechos ó circunstancias que, concurriendo en el sugeto pasivo de la Pena, le colocan en un estado peculiar y propio que produce el resultado de que el efecto de aquélla sea sentido de distinta manera que la que debía esperarse si se tuviera en cuenta solamente la materia que la constituye” –así explica Silvela–; “[...] son, pues, subjetivas, y es preciso, por tanto, entrar en el interior del agente para darse cuenta del estado de su espíritu; por más que todo esto se revele con más ó menos certeza y seguridad por señales exteriores, como el sexo, la posición social ó de fortuna, etc.”⁵⁹⁹. Intimidado ante la ingente tarea de acotar todas las causas modificativas de la punibilidad, Silvela se contenta con mencionar sólo alguna de las principales, entre las que pone, verbigracia, la consideración al *oficio, profesión o modo de vivir del sentenciado* a confinamiento o a su *edad, salud y buena conducta*⁶⁰⁰, la posible conversión de la pena de caución en un destierro por no poder presentar fiador⁶⁰¹ y otras; yo voy a comedirme aquí, lógicamente, tan sólo a algunas de aquéllas que acarrearán la sustitución de una pena de restricción ambulatoria por otra, sea o no de su clase. De esa deportación señalada en 1822 para ciertos tipos penales, a dictado de la Política criminal quedan exentos por la propia Ley Penal dos tramos delincuenciales en razón de su edad:

En ningun caso se podrá imponer [...] deportacion [...] ni destierro al que, cuando cometió el delito fuere menor de diez y siete años cumplidos. Al que en la época de la ejecucion pase de setenta años no se le podrá tampoco imponer pena de [...] deportacion [...]⁶⁰².

599 Respectivamente, SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 377-378, y t. I, pp. 350-351.

600 Véase art. 116, párrs. 2º y 3º, CP 1870.

601 Véase art. 44, párr. 3º, CP 1870.

602 Art. 64 CP 1822, derivado del 66, con diversa redacción, de su previo PCP 1821, número éste que fue presentado ya con arreglo a las “Variaciones...”, p. 553, propuestas por la propia comisión redactora: la enmienda de mayor relieve consistió en que la referencia del Proyecto a los diecisiete años en la época de la sentencia se muda por el alcance de dicha edad en el momento de la comisión del delito. Consúltese Pedro ORTEGO GIL, “De la literatura jurídica al Código penal: causas y circunstancias en el Derecho histórico español”, *Boletim da Faculdade de Direito* 83 (2007), p. 270.

La edad mínima penal habíase llevado, en todo caso, a los siete años cumplidos o, “si se declarare haber obrado sin discernimiento y malicia, hasta los diecisiete años⁶⁰³; el incurso en esta última previsión, es decir *el menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia*, “si el delito mereciere deportacion ó destierro perpetuo del reino, sufrirá diez años de reclusion”⁶⁰⁴. Según la otra salvedad, “el mayor de setenta años será destinado á reclusion por el resto de su vida si la pena de su delito fuere de [...] deportacion”; mas, cuando se prevé que el condenado a trabajos perpetuos u obras públicas –otras penas de cuya aplicación se le exime– pase a una casa de reclusión al llegar a dicha edad de setenta años, se deja fuera la deportación⁶⁰⁵, o sea que quien, estando ya penado en la *isla o posesión remota*, alcanzase la condición de septuagenario, continuaría en ella sin pasar a la casa de reclusión. Los miramientos de los legisladores penales del *Trienio* se quedan ahí, sin exonerar, como hacen para otra penalidad (v. gr., trabajos perpetuos, obras públicas), a mujeres⁶⁰⁶ ni a ministros eclesiásticos⁶⁰⁷.

603 Arts. 23 y 24 CP 1822, proyectados como 21 y 22 PCP 1821.

604 Art. 65 CP 1822, 67 PCP 1821. El *iter* legislativo-doctrinal hasta entonces recorrido en cuanto a este fundamental problema puede penetrarse gracias a José MARTÍNEZ GILJÓN, “La menor edad en el Derecho penal castellano-leonés anterior a la Codificación”, *RSJB* 38, pp. 71-92; y léanse las consideraciones que aún en la mitad del siglo XIX realiza en torno a la menor edad GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, pp. 103-106

605 Art. 66 CP 1822; el 68 PCP 1821 no concretaba penas, sino que sustituía toda pena por reclusión. Entre uno y otro mediaron las dichas “Variaciones...”, p. 553, internas a la comisión codificadora.

606 Art. 67 CP 1822; 69 PCP 1821. Respecto a las mujeres, desde un principio, “la comision no encuentra inconveniente ninguno en que lo sean, antes puede conducir mucho que vayan para fomentar el establecimiento de la deportacion” (*DSC* 1821-1822, t. II, n^o 90, ses. 23-XII-1821, p. 1419), por más que alguna voz se alce, si no con reparos, sí al menos con vacilaciones “[...] atendido que la mujer es por su sexo casera, digámoslo así, y por consiguiente debe serle más sensible que se le traslade á paises remotos, y no como quiera, sino allende de los mares” (*ibidem*, p. 1420).

607 Arts. 69 CP 1822; 71 PCP 1821, este último número con intermedias “Variaciones...”, p. 553, y “Reformas...”, p. 1801. De los eclesiásticos se llegó a decir con el criterio más democrático –quede constancia para su honra que por el diputado Juan Esteban Milla– que “[...] son ciudadanos como todos los demás españoles que gozan este apreciable beneficio; por consiguiente, sujetos á las mismas cargas del Estado, reportando iguales ó mayores beneficios de él, y sobre todo, despues de quitado el fuero, sujetos tambien á un mismo tribunal, á unas mismas leyes y á unas mismas fórmulas, que los hace iguales en todo á los demás ante la ley: ¿por qué, pues, se les ha de excluir de esta pena de trabajos

Tras todo un principio declarativo de la igualdad penal, los textos de 1830 y 1834 dan en consignar tortuosamente su disipación: “lo esencial de las penas no se variará por el diferente estado o consideración civil de las personas; pero en el modo se guardarán las distinciones debidas a los nobles e hijosdalgos, y a los que gozan por la ley de la nobleza personal”⁶⁰⁸; es así como eluden la aplicación de ciertos castigos los eclesiásticos, las mujeres o los oficiales, mas para ninguno se aprecia inconveniente en su deportación ni en su padecimiento de cualesquiera otras penas de restricción ambulatoria⁶⁰⁹. No obstante, por razones de edad, “a los que hayan cumplido ochenta años de edad, no se les impondrá pena alguna corporal; pero estarán sujetos a las civiles y pecuniarias”⁶¹⁰, y esto sí les exime a ellos de todas las puniciones de índole geográfico-restrictiva, aunque no en 1834, por ser éste uno de los contados preceptos que desecharon los revisores del primigenio trabajo codificador⁶¹¹.

perpétuos, que hemos decretado ya para los demás españoles? Un sacerdote que por razon del carácter que tiene, por razon del lugar que ocupa en la sociedad y del oficio que ejerce, debe dar ejemplo y comportarse con más honor que todos, lejos de disminuirle la pena por el delito que cometa, debe aumentársele por el mayor mal que causa con el mal ejemplo que da” (*DSC* 1821-1822, t. II, nº 90, ses. 23-XII-1821, p. 1420); y apuntaló Francisco Fernández Golfín la intervención de su compañero con la máxima de que “el honor de los eclesiásticos es no ser delinquentes” (*ibidem*, p. 1421): no triunfó tan plausible doctrina, sino la que abogaba por “[...] guardar ese honor al sacerdocio, pues de lo contrario, chocaría infinito á una Nacion tan religiosa como la española”, además de tener “[...] en cuenta para esta excepcion la sensibilidad de las personas de quienes se trata” (*ibidem*, p. 1419). De cualquier manera, la deportación era de las penas que sí se admitían para los religiosos, precisamente la llamada a sustituir en ellos los trabajos perpetuos: “la comision, atendida la sensibilidad y las circunstancias de estas personas, cree bastante pena la deportacion para los casos en que otros incurririan en la de trabajos perpétuos” (*ibidem*, p. 1420); ello al margen de las dudas alrededor de las ocupaciones que se les consentirían o impondrían en su destino: por ejemplo, ¿les estarán privadas las funciones de su ministerio?, punto éste que “[...] ha creido la comision que toca al Ordinario respectivo, el cual si encuentra mérito para ello, le concederá ó negará las licencias” (*ibidem*, p. 1422).

608 Arts. 59 PCC 1830 y 82 PCC 1834.

609 Los art. 47 PCC 1830 y 65 PCC 1834 sustituyen a los eclesiásticos sólo las minas, los arsenales y los trabajos públicos. Las mujeres, en virtud de los arts. 48 PCC 1830 y 66 PCC 1834, quedan exentas de los mismos trabajos, minas y arsenales que los religiosos. Los oficiales del ejército y armada, como los que gocen de nobleza personal y hereditaria, dejan de cumplir las penas de minas, arsenales y obras públicas, no más (arts. 49 PCC 1830 y 67 PCC 1834). También la padecerán los acogidos a asilo (arts. 63 y 86 de uno y otro proyecto).

610 Art. 37 PCC 1830. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, pp. 274, 288.

611 El PCC 1834 únicamente permutaba a los octogenarios la pena de muerte (art. 72).

Las exclusiones de 1831 en el sujeto pasivo de la pena de deportación comprenden a los menores de diecisiete años, que cumplirán diez años de reclusión, y, aún más jóvenes, por debajo de los catorce de edad serán recludos al arbitrio del tribunal, aunque con el máximo no alargable sino hasta la fecha en que cumplan los veinticinco años desde su nacimiento⁶¹². Como en 1822, Sainz de Andino sustituye la deportación del *reo que al tiempo de sentenciarse su causa tenga setenta años cumplidos* por una reclusión de igual extensión⁶¹³. “Con respecto a las mujeres, [...] las penas de trabajos perpetuos y de deportación se ejecutarán en una casa de galera, ocupándolas en los trabajos más penosos de ella, con separación de las demás delincuentes que existan en la casa, y acomodando el tratamiento que se les dé en cuanto la localidad lo permita a lo que se dispone en el artículo [...]” definitorio de los *trabajos perpetuos y violentos*⁶¹⁴. Con referencia a los eclesiásticos ordenados *in sacris* del clero secular y regular, ya vimos que su deportación sólo se ajustaba a muy peculiares reglas ejecutivas; y a las altas jerarquías civiles y militares, cupiéndoles la sustitución de otras penas corporales, no se les exime de ir a la deportación cuando lo merecieren con arreglo a este Proyecto⁶¹⁵. Ahora bien, en cualquier caso,

Las excepciones que modifican el modo de la ejecución de la pena corporal por la condición del delincuente, no causan alteración en los efectos accesorios a su imposición, o

612 Art. 119, párr. 1º, PCC 1831: “Siendo el delincuente menor de catorce años se sustituirá a cualquiera especie de pena corporal que la ley imponga al delito de que se haya hecho culpable, la de reclusión en una casa correccional por el tiempo que el Tribunal gradúe necesario para su corrección y escarmiento con arreglo a la gravedad del delito, sus circunstancias y el grado de malicia que se advierta en su autor, con tal que la duración de la pena no pase del tiempo en que el reo cumpla veinticinco años que será el máximo que se le podrá imponer cuando la pena ordinaria del delito tenga la calidad de perpetua”. Intégrese con el art. 209 PCC 1831. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 280.

613 Art. 122 PCC 1831: “A ningún reo que al tiempo de sentenciarse su causa tenga setenta años cumplidos, se impondrán las penas de [...] deportación”, y “[...] será condenado el delincuente a la reclusión por igual tiempo del que estuviere prefijado para la pena a que se sustituya aquella”; por el contrario, cuando el deportado cumpla sus setenta años en su destino penal, no verá conmutado este castigo como les ocurre a los sometidos a trabajos perpetuos u obras públicas (art. 123 PCC 1831, *sensu contrario*). Intégrese con el art. 210 PCC 1831. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 280.

614 Art. 125, párr. 2º, PCC 1831. Complétese con el art. 211 PCC 1831.

615 Arts. 127 y 128 PCC 1831. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 280.

que procedan legalmente de ella sobre la muerte civil, infamación legal o pérdida de otros derechos⁶¹⁶.

Una vez encarrilado definitivamente el proceso codificador, a partir del logro de 1848, desaparecen del ordenamiento los límites directos a la aplicación de cualesquiera penas restrictivas de la libertad por motivo de edad, sexo o estado, subsistentes aún para las más graves privaciones de aquel bien jurídico, las cadenas⁶¹⁷. Pero, por vía indirecta o genérica, sí hay otros supuestos en que se excluirá la relegación legalmente aparejada al delito, en las mismas condiciones en que puede verse afectado el resto de penas:

Al menor de 15 años, mayor de 9, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.

Al mayor de 15 años y menor de 18 se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley⁶¹⁸.

Viada manifiesta que, “dada la penalidad que la ley señala generalmente á los delitos, y procediendo por exclusión con respecto á las penas que comprenden las escalas graduales [...], bien podemos afirmar que el catálogo de las penas que pueden imponerse al menor de quince años queda reducido á la *multa, caución, reprensión, destierro, arresto, prisión y presidio correccional, prisión y presidio mayor*, quedando de él eliminadas todas la demás, aun para los delitos más graves”⁶¹⁹. En otro orden de cosas, allende el Código se localizan ciertas reglas que sustituyen de facto la pena, actuantes, por lo tanto, en la fase ejecutiva, no ya en la de imposición: la pena ha sido dictada por los tribunales, pero se ejecuta bajo otra forma o con otros pormenores tales que anulan su esencia y la convierten en un castigo diferente; sea como fuere, el resultado es el mismo y el reo no pasará a la relegación. El Decreto de 5 de diciembre de 1870 acoge, además, al margen de la escalonada rebaja de punibilidad para menores⁶²⁰, una transfiguración ejecutiva que, *sea cual fuere su condena*, bien puede concernir a relegados, quienes no llegarán a su destino regular:

616 Art. 130 PCC 1831.

617 Arts. 98 y 99 CP 1848.

618 Arts. 72 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 86 CP 1870, arts. 84 CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 85 CPF 1884. Pero revísense los arts. 31.5º y 84 PCP 1884.

619 VIADA Y VILASECA, *Código...*, pp. 117-118.

620 Repátese el art. 86 CP 1870.

Los penados que no pasen de veinte años, sea cual fuere su condena, serán destinados, luego que el Ministro de la Gobernacion lo disponga, á los establecimientos siguientes: los que no hubiesen cumplido diez y seis años, al de Cádiz; los de diez y seis cumplidos á diez y ocho, al de Búrgos; los de diez y ocho cumplidos á veinte, al de Granada⁶²¹.

Con igual visión, se incorpora en 1879, sobrexcediendo la modificación de punibilidad codificada para ciertas penas⁶²², esta otra reconversión penitenciaria operante sobre el contingente femenino, que viene a sumarse a la conocida:

Las mujeres, cualquiera que sea su condena, serán destinadas á la casa correccional de Alcalá de Henares.

El actual presidio de hombres de Alcalá quedará exclusivamente destinado para los delincuentes menores de veinte años, cualquiera que sea su condena⁶²³.

En el Proyecto *Alonso Martínez* de 1882 la modificación del precepto vigente acerca de la punición de los menores, si apenas lo es léxico-sintáctica, revélase de todo punto substancial en sus alcances:

A los menores comprendidos en el núm. 3º del art. 17 [el mayor de 9 años y me-

621 Art. 3º.9ª del Decreto de 5 de diciembre de 1870 cit.

622 Art. 96 CP 1870: “Cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas de cadena perpétua ó temporal, ó con la de presidio mayor ó correccional, se les impondrán respectivamente las de reclusion perpétua ó temporal, prision mayor ó correccional”.

623 R. D. de 1 de septiembre de 1879 cit., art. 4º, párrs. 5º y 6º. Todavía, en la distribución del decreto de 5 de diciembre de 1870, la sustitución de penas a mujeres afectaba sólo a las privaciones de libertad (art. 3º.10ª), sin eficacia *cualquiera que sea su condena*. Impresión distinta da el caso del art. 6º del R. D. de 1 de septiembre de 1879, por faltar precisamente esa locución, *cualquiera que sea su condena*, lo que inclina hacia una interpretación restrictiva que abrace sólo los encierros penitenciarios del tipo que fueren: “Hasta que pueda construirse ó dedicarse exclusivamente un establecimiento penal con destino á los reos políticos y sentenciados por delitos que sólo pueden perseguir á instancia de parte, se habilitará el local necesario en el presidio de Valladolid para una seccion completamente independiente de las demas, donde se destinarán todos los comprendidos en aquellas condiciones” (este precepto del R. D. de 1879 reforma el también art. 6º del decreto de 16 de julio de 1873 cit.: “Hasta tanto que pueda habilitarse un establecimiento penal con destino exclusivo á los reos políticos, se formará en cada presidio una brigada especial con esta clase de penados, completamente independiente de las otras, ú ocupando el local que reuna mejores condiciones del establecimiento”).

nor de 15], que no estén exentos de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obraron con discernimiento, se les impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en cuatro grados, por lo menos, á la señalada por la ley al delito que hubieren cometido.

Al mayor de 15 años y menor de 18 se le aplicará una pena inmediatamente inferior de uno á tres grados á la señalada por la ley al delito cometido⁶²⁴.

Parece una constante el excluir de la deportación a los menores penalmente responsables y sujetos a punición, sustituyéndoseles dicha pena, merecida con arreglo a los tipos, por una reclusión especial o, a veces, por otra penalidad arbitraria. En el tramo inicial de la andadura codificadora, primer tercio del siglo XIX, hallamos otra exclusión específica para reos de edad avanzada y, sólo en Sainz de Andino, igual miramiento con respecto a las mujeres, por lo común admitidas sin problemas como sujetos pasivos de esta pena por la ley, no siempre por los reglamentos, nivel del ordenamiento desde el que alguna vez se las remite a las diferenciales casas de corrección femeninas.

5. Duración

Puestas de nuevo las miras en la legislación de la Monarquía absoluta, nos reencontramos con el referente alfonsino de la *deportatio* perpetua y la *relegatio* temporal, con ese posterior desenvolvimiento práctico intuido que las coloca dentro de la llamada *letra muerta* de la ley⁶²⁵. No hay por qué hacer el repaso de la utilitarista sustitución de penas corporales por el remo en las galeras, oportunamente fortalecida por las cláusulas de retención que convertían la pena en poco menos que indefinida⁶²⁶. Sí es preciso hacer siquiera mención de esa famosa Pragmática de 12 de marzo de 1771 con la que Carlos III pretende paliar la perpetuidad en las penas, dejándolas “[...] por el tiempo determinado que les prefirieren los Tribunales competentes, el cual nunca pueda exceder del término de diez años”, un plazo convencional que se hará

624 Arts. 72 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 86 CP 1870, arts. 84 CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 85 CPF 1884. Pero revísense los arts. 31.5º y 84 PCP 1884.

625 Cfr. nota IV/1112. Véase NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 78-82, 91, 261-273.

626 Véanse, v. gr., CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 36; ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, pp. 9-16; Pedro ORTEGO GIL, “La indeterminación temporal de las sentencias castellanas en el siglo XVIII: la cláusula de retención en presidio”, *Perspectivas Jurídicas del Estado de México* 1/4 (I/VI-2003), pp. 103-123.

clásico entre los juristas más añorantes o reaccionarios; “[...] y para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los Tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años”⁶²⁷. Aparte de su referencia exclusiva a las reclusiones⁶²⁸, no parece, sin embargo, novedad introducida por este monarca: Bernaldo de Quirós cita que “en un Real despacho de 1655 [...] se determina que en lo sucesivo la pena de galeras por toda la vida había de durar sólo diez años”, probablemente sin reflejo “[...] en la sentencia, donde se condenaría á galeras por toda la vida, en el supuesto de que había un límite de prescripción á los diez años”⁶²⁹. Y, aun antes, recordemos la pragmática de Isabel y Fernando que pasó a la Nueva Recopilación y que arriba se ha transcrito en parte: mandaba “que los que ovieren de ser condenados in metalum, ó en alguna Isla, sea para las Indias en la Isla Española”, en principio *por el tiempo que á los dichos Jueces paresciere*, pero más adelante retoma esta cuestión durativa con especificidad y detenimiento

[...] i si otras algunas personas ovieren cometido, ò cometieren delitos, por donde devan ser desterrados fuera de nuestros Reinos, los destierren para la dicha Isla Española en la manera siguiente: los que uvieren de ser desterrados perpetuamente destos Reinos, los destierren para la dicha Isla por diez años, i los que uvieren de ser desterrados por cierto tiempo fuera de los dichos nuestro Reinos, que sean desterrados para la dicha Isla por la mitad del tiempo que avian de estar fuera de los nuestros Reinos⁶³⁰.

Pues a pesar de la resonancia de la pragmática carolina, todavía el límite establecido resultó puramente nominal, papel mojado, de acuerdo con el testimonio de Calatrava, dado al discutirse el Proyecto de 1821, acerca de que “esta prohibicion no lo es ni lo ha sido hasta ahora sino en el nombre, porque con la cláusula de retención que se suele añadir á las sentencias, se da á la pena de diez años una duracion indeterminada”⁶³¹. Sin embargo, estas aspira-

627 NRLE, XII.40.7, disposición que completa el mismo monarca en 1772, por Real Orden de 14 de agosto, y 1786, por Real Orden de 11 de marzo y Cédula del Consejo del 28, ambas estorbando las condenas sin tiempo determinado (NRLE, XII.40.15); asimismo, váyase al art. 316 OGPR 1834 y la concomitante Real Orden de 14 de diciembre del mismo año. Léanse VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 226; ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 13.

628 A reclusión perpetua en arsenales, más concretamente (NRLE, XII.40.7 y 15).

629 Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Pena de galeras”, en *EJE*, t. XVII, p. 23.

630 RLR, VIII.24.1.

631 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1398: “y yo he visto conde-

ciones y frustraciones más bien poco debían de contar, por ejemplo, para los destierros, cuya imposición de por vida no parece vedada por la normativa.

A] El Código de 1822.

A pesar de la construcción precontemporánea o precodificada de una *deportatio* concebida *para siempre* y una *relegatio* solamente *por tiempo cierto*⁶³², sabemos que nada más una de tales posibilidades accede, acaso por influencia gala, a nuestro primer Código⁶³³: la deportación, en buena doctrina asimismo *para siempre*⁶³⁴. Merece su consignación la idea que los mismos redactores del Proyecto tenían acerca de la perpetuidad que estaban aceptando en el catálogo punitivo de su texto: aunque referida a la pena de trabajos, se da validez general al espíritu de su explicación cuando, invocando el capítulo consagrado a la rebaja de penas⁶³⁵, declara Calatrava por la comisión que aquéllos, “tales como los propone, no tienen de perpétuo sino el nombre, excepto para el delincuente absolutamente incorregible. [...] De consiguiente, como he dicho, no hay tal perpetuidad en esta pena sino para el hombre que en el espacio de diez años es incapaz de dar pruebas de enmienda ni arrepentimiento; y hombres de esta clase creo que no habrá ninguno que quiera que vuelvan á la

na de un reo destinado á presidio por veintidos años con dos retenciones” –con este ejemplo apoya Calatrava su aserto–. Atiéndase, mucho más tardío, por ejemplo, al “Real decreto, dictando varias reglas para alzar la retencion á los confinados que la tengan impuesta en sus condenas”, de 18 de enero de 1860, en *CLE* 83, disp. 28, pp. 42-44; o, encarando ya el último tercio de la centuria, al “Real decreto, haciendo extensivas á las islas de Cuba, Puerto y Filipinas las disposiciones del de 18 Enero de 1860, que determinan las reglas para levantar la retencion á los penados que llevan unida esta cláusula á sus condenas”, de 13 de noviembre de 1866, en *CLE* 96, disp. 789, p. 866. Véase Juan María RODRÍGUEZ, *Instituciones prácticas, ó curso elemental completo de práctica forense*, t. II, p. 205.

632 *Partidas*, VII.31.4.

633 Conste, sin embargo, que QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 534, haciendo abstracción de etimologías, conecta los precedentes de Derecho común, no con la relegación moderna, sino con el confinamiento, con lo cual vuelve a incidir –esto no varía– en el mismo estupor que ha producido en otros autores la insularidad como elemento punitivo castellano. En cambio, para CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 206, la deportación alfonsí es un destierro, si bien en otro sitio la nombra confinamiento (*ID.*, *Derecho...*, t. I, p. 805).

634 Art. 50 CP 1822 (51 PCP 1821).

635 Título Preliminar, cap. IX, CP 1822 y PCP 1821.

sociedad”⁶³⁶; en consecuencia, también en el caso de la deportación “la pena es perpétua, aunque luego la comision da al arrepentimiento y enmienda la facultad de obtener en el lugar de la deportación algunos ó todos los derechos civiles, y aun algunos empleos y cargos públicos, para que los hombres no se desesperen y se hagan más útiles”⁶³⁷.

B] Los Proyectos del primer tercio del siglo XIX

De los Proyectos que siguen, nada dice en su *parte general* el de 1830 tocante a la duración de esta pena, aunque su imposición a los tipos se produce luego siempre como temporal, con preferencia por aquel máximo de diez años advenido bajo la monarquía absoluta en la Edad Moderna⁶³⁸, aunque llegando alguna vez hasta los veinte años y siendo dos años la menor *cantidad* efectiva de pena⁶³⁹; no ocurre así en el de 1834, que sí llega a exceder esa misma duración hasta la perpetuidad⁶⁴⁰. Además, por norma que hubiera sido aplicable al resto de penas englobadas en la categoría de la restricción deambulatoria,

636 DSC 1821-1822, t. II, n° 84, ses. 17-XII-1821, p. 1335.

637 DSC 1821-1822, t. II, n° 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336 (y alega Calatrava que “[...] imitando en esto la conducta de los ingleses en su célebre establecimiento de Bahía botánica”, exactamente –como dice– el más célebre ensayo de deportación en la época, si bien con resultados o valoraciones no unánimes: es González Allende quien protesta que “si aquí queremos hacer un establecimiento como el que hoy tienen los ingleses en Bahía botánica, yo jamás consentiré; su historia horroriza, y es el establecimiento de la más dura esclavitud” –*ibidem*, n° 88, ses. 21-XII-1821, p. 1390–). Otra vez, en 1848, debatiéndose el segundo Código Penal español, volvieron a sacarse a colación las Marianas y Bahía Botánica, por boca del diputado y magistrado José Alonso (DSCCD 1847-1848, t. III, n° 82, ses. 14-III-1848, pp. 1782). Véanse JAUCOURT, “Pena”, p. 143; VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 226; SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 489; y, sobre su significación penitenciaria, con amplitud, ARENAL, *Las colonias...*, pp. 30-75; ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 32-49; LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, pp. 48-58; o DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 764-766.

638 V. gr., arts. 272 (por dos años), 77 o 271 PCC 1830 (seis años), 80, 93 a 96, 269 o 273 PCC 1830 (por diez), entre otros. Por lo demás, “el tiempo designado a toda clase de penas se contará siempre por años naturales” (art. 50 PCC 1830, actualizado el año 1834 por el 68).

639 V. gr., arts. 176 y 178 PCC 1830.

640 V. gr., art. 145 (veinte años), 171 (a perpetuidad) PCC 1834.

En las penas de tiempo determinado por la ley se deja al prudente albedrío de los Jueces y Tribunales, la tercera parte de su duración por las circunstancias particulares que puedan ocurrir en algunos delitos⁶⁴¹.

Al contrario de los trabajos circundantes, quiso Sainz de Andino, antes participe en la primera Comisión penal, volver a la clásica perpetuidad y ello ya prelusivamente: “la deportación será siempre por la vida del reo”⁶⁴².

C] El Código de 1848

La primera opción planteada al abrirse el proceso codificador que desembocaría en el Código de 1848 quedó plasmada en aquellas “Bases del Código Penal aprobadas por la Comisión General”, hacia marzo de 1844, con la previsión y provisión de una “[...] relegación, que será perpetua”⁶⁴³. A ello se pliegan en principio los participantes en la comisión codificadora: “la relegación se sufrirá permaneciendo el sentenciado perpetuamente en una isla [...]”⁶⁴⁴ –reza el precepto–, mas andando los debates, resuelven ellos mismos abrir ciertas “Correcciones hechas en el Libro 1º del Código Penal” con la de

Que se aumente la escala de penas con la de “relegación temporal”, cuya duración será de seis a dieciocho años⁶⁴⁵.

En 1848, con esa variación léxica propuesta por los trabajos precedentes de sustituir el término *deportación* por el de *relegación*, se abandona de nuevo la antigua distinción romana y la naciente relegación podrá ser perpetua o temporal, ésta *de doce á veinte años*⁶⁴⁶. Respaldado por la mayoría de colegas, algo tiene que decir Pacheco en torno a tal extensión: “veinte años es según este artículo, el máximo de las penas temporales. Sin que en esto haya naturalmente ninguna regla fija, ni más que prudenciales apreciaciones, debemos decir que nos parece bien ese plazo. El de diez años que establecía nuestra ley recopilada, era sumamente corto, y muy luego se llegaba a el. El

641 Art. 73 PCC 1830, remodelado en el art. 97 PCC 1834.

642 Art. 50 PCC 1831.

643 En LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 261 (base 2ª).

644 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64).

645 ACGCP, ses. 16-IV-1845, a. 9, p. 678.

646 Arts. 24 y 26 CP 1848, igual que en CP 1850.

de treinta que establece el código de Nápoles, es desmedidamente largo, y casi se confunde con la perpetuidad. Treinta años es todo el porvenir de un hombre de veinte”⁶⁴⁷; concordés, Vizmanos y Álvarez Martínez hácese portavoces de la comisión del Código para reivindicar la extensión de veinte años en las mayores penas temporales frente a quienes siguen poniendo los ojos en los diez años *de nuestra antigua legislación*: entienden aquélla como más ajustada a la vida del hombre en el orden común, pero, en fin, invocan “aun mas principalmente la autoridad de otros códigos” extranjeros de la época⁶⁴⁸. A la contra Vicente y Caravantes, “el período de las penas hasta veinte años [...] es á nuestro juicio sobrado extenso, por abarcar en la generalidad de los casos toda la vida del penado”⁶⁴⁹. Bien se ve que en este punto caben percepciones sobremanera encontradas, aunque el mismo Pacheco recuerda que, a la postre, *la gracia* “[...] no puede ménos de venir un poco ántes ó un poco despues cuando se trata de semejantes hechos” o *delitos de Estado*⁶⁵⁰... Como recuerdan Castro y Ortiz de Zúñiga, “en las sesiones del Congreso se habló largamente por varios oradores, sobre la utilidad y filosofía de estas penas perpetuas, nuevas entre nosotros, donde la que mas, que es la de presidio con retencion, viene á durar hoy unos doce años”⁶⁵¹, y es que el *para siempre* del protocódigo de 1822 desde luego que no había tenido oportunidad de arraigar en el ordenamiento penal español, cuyo entramado, hasta aquí, 1848, seguía siendo el Derecho real del Antiguo Régimen, las recopilaciones, los autos acordados, el estilo de los tribunales... “Ademas este Código que lleva con excesivo rigor el principio de la acumulacion de las penas, consecuencia del sistema de la justicia absoluta [...], no admite la idea filosófica y altamente moral de la rebaja de las mismas por la enmienda del culpable, que establecía el de 1822”⁶⁵² —espeta Santamaría de Paredes en su crítica al segundo de nuestros Códigos penales—. Volviendo al salón de sesiones, fue Pedro Gómez de la Serna quien en un largo discurso arremetió principalmente contra la penalidad vitalicia:

[...] Me horroricé cuando leí la tabla de penas; me horroricé, señores, porque ví

647 PACHECO, *El Código...*, pp. 326-327.

648 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 236-238.

649 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 155.

650 PACHECO, *Estudios...*, p. 297 (*ibidem*, p. 348).

651 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 146. Por igual en GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 100, 106.

652 SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios...*, p. 80.

que se imponían ocho penas mayores que la pena mayor que antes se imponía en España, que era la de diez años de presidio con retención. [...] Diez años, ó á lo sumo doce, se imponían con arreglo á la ordenanza antigua de presidios, por la que á los doce años se daba licencia á los penados que no habían cometido nuevo crimen. Hoy se ponen cuatro penas de duración de doce á veinte años, y otras cuatro penas perpétuas. ¡Perpétuas, señores!⁶⁵³

Enfrente, el ministro Arrazola esgrimía su justificación oficial para la perpetuidad punitiva, sobre la base de

[...] que no hay otro contrapeso para la disminución de la pena de muerte; lo habrá con el tiempo en las costumbres; pero en el día, señores, las costumbres no están todavía para hacer ensayos tan terribles; hacemos, señores, un ensayo que puede ser peligroso; disminuimos extraordinariamente la pena de muerte, y vamos á ensayar también la perpetuidad de las otras penas; dentro de un año ó de dos, la conciencia ilustrada, la práctica de los tribunales verá si ganamos ó perdemos, elevará al Gobierno sus observaciones, y un día podrá venir aquí formulada en un proyecto la reforma de los Códigos, pero entre tanto es peligroso innovar de repente⁶⁵⁴.

Una buena síntesis doctrinal de las opiniones en liza se les debe a García Goyena y Aguirre, quienes analizan los pros y los contras de la perpetuidad punitiva con el texto codificado de 1850 como telón de fondo normativo: entre aquéllos, innocuización, apaciguamiento social, eficacia intimidatoria –general y particular–, utilidad como transición entre la pena capital y las temporales, remisibilidad, susceptibilidad de atenuación mediante la prerrogativa de gracia, aptitud para la reflexión y el arrepentimiento...; como inconveniente, básicamente, la desmoralización del culpable⁶⁵⁵. Si poco antes, el año 1843, García Goyena había roto una lanza en pro de las penas perpétuas⁶⁵⁶, tan corto mas fructífero tiempo, con la novedad del advenido corpus, o la compañía de Aguirre habían templado su apuesta. Luego, el correccionalismo afilaría sus armas contra tales resistencias frontales a sus principios: en lapidaria ex-

653 *DSCCD* 1847-1848, t. III, nº 82, ses. 14-III-1848, p. 1768 (le había precedido en la oposición parlamentaria a la perpetuidad punitiva Pío Laborda (*ibidem*, nº 80, ses. 11-III-1848, pp. 1723-1724), fue respondido por Pedro José Pidal, *ibidem*, nº 82, ses. 14-III-1848, p. 1778, y por el ministro Arrazola, *ibidem*, nº 83, ses. 15-III-1848, p. 1802; y secundado por José Alonso, *ibidem*, p. 1790). Repásense, en efecto, los arts. 316 y 321 OGPR 1834.

654 *DSCCD* 1847-1848, t. III, nº 80, ses. 11-III-1848, p. 1729.

655 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 115-116.

656 GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, pp. 33-41.

presión de Luis Silvela, “la pena perpétua [...] no es el reconocimiento, sino la aniquilación del Derecho”, su parecer armoniza, desde modernos postulados, con la antigua dimensión decenal⁶⁵⁷. Contrariamente, hay quienes en el concreto caso de la deportación, sólo la conciben como pena de por vida cuando al móvil eliminatorio una el colonizador⁶⁵⁸, pero éste no ha constituido nunca la elección del ordenamiento español.

D] El Código de 1870.

Pena perpetua y pena temporal de doce a veinte años: tal será el régimen durativo de la punición referida hasta que se derogue el texto de 1870, cuya única novedad en este aspecto proviene del acoplamiento de *la famosa coletilla* “y un día”⁶⁵⁹, procedente del Proyecto del año anterior⁶⁶⁰: la temporal pasa por lo tanto a durar *de doce años y un día á veinte años*⁶⁶¹. Lenificando la perpetuidad subsistente en la escala penal, a partir de 1870 –de acuerdo con la opinión más común– “desaparecen en la práctica las penas perpetuas por la posibilidad de indulto”⁶⁶², causa extintiva de la responsabilidad penal siempre a disposición del poder⁶⁶³, pero entonces ofrecida como regla general –con sus excepciones, mas regla general– para condenas superiores a treinta años:

657 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 391 (*ibidem*, pp. 353-354). Véase FRANCISCO MARTÍNEZ DE MATA, *Memoriales y discursos*, pp. 419-424, en el del año 1648 “sobre los forzados que cumplen sus condenas en galeras”.

658 Véase ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 89.

659 Así comenta esta reforma técnica de 1870 ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, p. 245.

660 Art. 26 PRCP 1869.

661 Arts. 26 y 29 CP 1870.

662 MARTÍNEZ ZATO, “La codificación...”, p. 15; es también la interpretación de ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, p. 242. Nos consta, por la lectura del debate parlamentario apresurado en los albores del verano de 1870, que la oposición a la penalidad de por vida se manifestó en su curso por boca de algún que otro diputado, “[...] con arreglo á las teorías de la ciencia, [...] enemigo de las penas perpétuas” (*DSCC*, t. XVI, nº 307, ses. 15-VI-1870, p. 8890).

663 P. ej., el “Real decreto, concediendo indulto á los reos de los delitos que se expresan, y rebajando y conmutando algunas penas impuestas por los Tribunales”, de 19 de julio de 1850, en *CLE* 50, disp. 650, pp. 622-625, art. 5º: “A los reos condenados á las penas perpetuas de cadena, extrañamiento, relegacion ó reclusion, vengo en conmutárse-las en las correlativas inmediatamente inferiores en su grado máximo”.

Los condenados á las penas de cadena, reclusion y relegacion perpétuas y á la de extrañamiento perpétuo serán indultados á los treinta años de cumplimiento de la condena, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves, no fuesen dignos del indulto, á juicio del Gobierno⁶⁶⁴.

“Este, pues, está autorizado á prolongar algunos castigos más allá del término natural y del que el legislador les ha asignado, sin que se fije el límite, aunque no parece que pueda exceder de cuarenta años”⁶⁶⁵ —observa Silvela—; bien diferente, por su legalista rigidez, es la visión de Viada: “de ello se infiere que la regla general es el indulto á los treinta años ; la excepción, la mayor prolongación y hasta la perpetuidad de la pena, motivada por el mal comportamiento del penado, ó por otras circunstancias graves”⁶⁶⁶; la gestión del indulto toca al órgano judicial sentenciador⁶⁶⁷. Aunque algo más lenitivo había querido mostrarse Gómez de la Serna en su iniciativa de 1869, a trueque de adelantar en seis años la gracia, invitaba tan sólo a la solicitud previa:

Los Tribunales Superiores, á los 24 años de estar sufriendo la condena los sentenciados á las penas perpétuas de cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento, tomando en cuenta la conducta que hayan observado, informarán al Gobierno acerca de si debe ó no aplicárseles la gracia del indulto, siempre que ellos lo soliciten⁶⁶⁸.

Ante el Código, subraya Viada que, a despecho de la terminología legal, “lo que la ley les concede no es una gracia, sino un derecho: el Gobierno, por lo tanto, cumplidos los treinta años de condena por el reo, sin haber incurrido éste en faltas ó delitos nuevos que afeen su comportamiento, y sin que le comprendan estas circunstancias graves, que á su tiempo se fijarán sin duda, debe otorgarle la liberación á que se ha hecho acreedor, sin necesidad de que por el mismo interesado se formalice instancia alguna”⁶⁶⁹. En suma, las “[...] calificaciones de perpetuidad vienen siendo puro verbalismo, porque la conducta determina el indulto”, mas, encontrando plausible el fin, no lo parece tanto el mecanismo ideado, por cuanto que “esta apreciación resolutive

664 Art. 29, párr. 1º, CP 1870. Véanse Juan de Dios VICO Y BRABO, *Estudios de preparación al de la ciencia del Derecho*, pp. 140-141; y [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 360-361.

665 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 394.

666 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 78.

667 Cfr. nota IV/673.

668 Art... (sin numerar, entre el 25 y el 26) PRCP 1869, p. 266.

669 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 78.

de conveniencia ó inconveniencia de la extinción de tales penas por el lapso de tiempo, abandonada al Poder ejecutivo como mera función de Gobierno, es perfectamente absurda. En ella se prescinde de todo elemento jurídico. [...] La facultad para el Gobierno –á tenor de la ley– es totalmente arbitraria y discrecional⁶⁷⁰, lo cual no se contradice en la práctica con el hecho de que la concesión resulte maquina, *ajurídica*... El problema de readaptación de la pena perpetua en temporal determinará una asimilación o trasvase de las reglas de cómputo: “aunque nada nos dice sobre ello el artículo, opinamos que convirtiéndose dichas penas perpetuas, cuando procede el indulto, en verdaderas penas temporales, la duración de los treinta años deberá empezar á contarse, *ab aequali sensu*, desde el día en que quedó firme la sentencia condenatoria en la que se hubiere impuesto al culpable cualquiera de las referidas penas perpetuas”. Otra de las cuestiones que se plantea Viada es si los condenados a la pena de inhabilitación absoluta perpetua deberán ser indultados a los treinta años de su cumplimiento; lo resuelve en sentido negativo “[...] pues que habiendo especificado el Legislador [...] las penas susceptibles de dicha gracia, la inclusión de las allí mentadas supone la exclusión de toda otra”⁶⁷¹. Empero, de espaldas al Código y a las elucubraciones doctrinales, se impone la realidad y ésta se nos hace visible al través de una norma correctora. Así expone la situación el Conde de Romanones, práctico jurista, como preámbulo a un Real Decreto de 22 de octubre de 1906:

Si nuestros procedimientos fueran puntuales y acusaran en todo una exquisita diligencia, no habría temor alguno de que, por olvidos ó desidias, un penado que hubiese cumplido día por día los treinta años de su condena viera convertido en día inacabable ese último trámite que el Código penal establece para declarar extinguidas las penas perpetuas. Pero muchos hechos descubren que hay penados de uno y otro sexo en esa situación ambigua, perpetuándose su estado penal sin verdadera justificación de circunstancias graves que no los hagan dignos del indulto⁶⁷².

670 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 518 (*ibidem*, pp. 547-548), 546-547.

671 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 81 y, con apoyo en el art. 46 CP 1870, p. 83.

672 “Real decreto disponiendo que los penados de cadena, reclusión, relegación perpetuas y extrañamiento perpetuo, sean indultados á los treinta años de cumplimiento de la condena”, de 22 de octubre de 1906, en *CLEAC* 27, disp. 31, pp. 91-92, Exposición, párr. 4º. Previamente, el ministro de Gracia y Justicia había argumentado que “las penas perpetuas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento tienen en nuestro Código penal (artículo 29, párrafo 1º) la índole de penas retenidas, toda vez que á los treinta años de cumplimiento de la condena requieren el indulto como trámite absolutamente indispensable para obtener la libertad. / Es una secuela de las prácticas penales precedentes

En consecuencia, se acude a ahincar, con aparato de prevenciones procedimentales, que

Los penados de cadena, reclusión, relegación perpetuas y extrañamiento perpetuo, serán indultados sin demora alguna á los treinta años de cumplimiento de la condena⁶⁷³.

Además, por vía de legislación especial, una excepción a los codificados extremos durativos afecta a la relegación temporal, y aparece en la ya mencionada ley de 2 de septiembre de 1896, de medidas contra elementos anarquistas, una de las cuales es el extrañamiento de imposición gubernamental:

al Código penal, en que se imponía el presidio con retención, que es una verdadera pena ilimitada. / Sin discutir el caso ni los fundamentos á que obedece, la práctica diaria acusa verdaderas desatenciones, que más de una vez constituyen verdaderas injusticias” (*ibidem*, párrs. 1º a 3º).

673 R. D. de 22 de octubre de 1906, art. 1º. Por lo demás: “En el caso de que el Tribunal sentenciador, previos los necesarios informes, considerara que algún penado, teniendo en cuenta su conducta ú otras circunstancias graves, no era digno del indulto, instruirá al efecto el oportuno expediente, que elevará al Ministerio de Gracia y Justicia, para que el Gobierno decida, conforme á lo proveniente en el art. 29, párrafo 1º, del Código penal” (art. 2º). “Los Directores de las prisiones y las Autoridades comunicarán al Tribunal sentenciador, con seis meses de anterioridad al cumplimiento de la pena, la fecha en que ésta ha de quedar extinguida, y si al cumplirse esta fecha no hubiesen recibido ó el mandamiento de libertad ó la disposición en que se declarará improcedente el indulto, pondrán el hecho en conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia para que proceda á lo que haya lugar” (art. 3º). Dictose de allí a poco una “Real orden dictando reglas para la aplicación del Real decreto de 22 de Octubre último sobre indulto”, de 12 de noviembre de 1906, en *CLEAC* 27, disp. 65, p. 159, art. 5º: “Las Salas sentenciadoras serán las encargadas de incoar los expedientes de indulto de los condenados á penas perpetuas que no se cumplan en establecimientos penitenciarios, ateniéndose para su tramitación á los plazos antes indicados”; es decir: a contar desde seis meses antes de la fecha en que se cumplan los treinta años, “el Tribunal sentenciador, dentro del término máximo de treinta días, informará lo que á su juicio proceda y elevará el expediente al Ministerio de Gracia y Justicia” (art. 2º). “Dicho Centro, en el plazo de un mes, contado desde su ingreso en el mismo, lo pasará á consulta del Consejo de Estado, el cual deberá evacuarla y devolver el expediente al Ministerio dentro de dos meses” (art. 3º). “El Ministro de Gracia y Justicia, de acuerdo con el Consejo de Ministros, propondrá en el término de un mes á S. M. el Rey la concesión del indulto, cuando éste proceda. En caso contrario se comunicará dentro del mismo término á la Audiencia respectiva, la que á su vez lo pondrá en conocimiento [...]” de la Autoridad civil a cuya disposición y bajo cuya vigilancia se halle el relegado (art. 4º).

Si el extrañado en esta forma volviese á la Península será sometido á los Tribunales y castigado por haber quebrantado el extrañamiento con la pena de relegación á una colonia lejana por el tiempo que los Tribunales fijen en cada caso, pero que nunca podrá ser menos de tres años [...]⁶⁷⁴.

La modificación del mínimo, que en la pena de la legislación común estaba en los doce años, resulta más que notable. El Código de 1875 para la España legitimista sigue plegándose a lo preceptuado en 1850: modalidad perpetua y otra de doce a veinte años⁶⁷⁵. Los Códigos antillano y filipino hacen lo propio con la redacción de 1870⁶⁷⁶; como en principio el Proyecto de Bugallal, con la misma relegación temporal de doce años y un día a veinte años⁶⁷⁷, pero cuya relegación perpetua soporta una variación muy digna de reseña: la reducida *posibilidad* de un indulto a los treinta años –nótese bien ese *podrán ser*, no el *serán* del Código vigente–, condicionada –esto sí– a idénticas exigencias comportamentales:

Los condenados á las penas de cadena, reclusion y relegacion perpétuas, y á la de extrañamiento perpétuo, podrán ser indultados á los treinta años de cumplimiento de la condena, si por su conducta ó por especiales merecimientos se hubieren hecho acreedores al indulto, á juicio del Gobierno⁶⁷⁸.

Directamente, el Proyecto de 1882 prescinde de la relegación perpetua y, en dilatación extensiva propiciada por la absorción del confinamiento, queda la temporal con un segmento de seis años y un día a veinte años⁶⁷⁹; en igual circunstancia, el Proyecto *Silvela* amplía por abajo el recorrido temporal de la pena, que pasa a ir de seis años y un día a veinte años cuando no sea de por vida (variante que sí mantiene). Pero téngase en cuenta que ambos textos habían erradicado toda referencia al confinamiento de su escala general de penas y que esta relegación suya era ejecutable *en Ultramar, en Canarias ó en Baleares*⁶⁸⁰: lo que hacen, pues, es abarcar la latitud temporal de lo que venía siendo confinamiento. De su *dies a quo* se dice que será el de la firmeza de la condena si está preso el reo o, cuando no lo esté, aquel en que quede a

674 Art. 4º, párr. 3º, de la Ley 2 de septiembre de 1896 cit.

675 Arts. 23 y 25, párr. 1º, CPC 1875.

676 Arts. 24 y 27, párrs. 1º y 2º, CPCPR 1879; 25 y 28, párrs. 1º y 2º, CPF 1884.

677 Arts. 26 y 29, párr. 2º, PRCP 1880.

678 Art. 29, párr. 1º, PRCP 1880.

679 Arts. 32 y 40, párr. 1º, PCP 1882.

680 Arts. 32 y 99, párr. 1º, PCP 1882, arts. 39 y 55, párr. 1º, PCP 1884.

disposición de la autoridad judicial para cumplirla⁶⁸¹. Y la excepcionalidad para el indulto a los treinta años volvía a residir en su denegación:

Las penas perpétuas de reclusion y relegacion se reducirán á una duracion efectiva de treinta años, mediante expediente de indulto que se instruirá de oficio ó á instancia de parte al cumplirse aquel término, á no ser que por la conducta del reo ú otras circunstancias graves no procediese, á juicio del Gobierno, este beneficio⁶⁸².

Hay regla general y hay sus anomalías o excepciones, pero éstas, en cuanto tales, graves y motivadas. El legislador, tras dar carta de naturaleza a la perpetuidad, se apresura a neutralizarla *pro reo*, pero también porque íntimamente le repele abocar la justicia a ese callejón sin otra salida que la muerte.

E] El Código de 1928

Para el Proyecto de 1902 la duración de la relegación “[...] se contará [...] desde el día en que el reo esté á disposición de la Autoridad para ser conducido á [...] puerto de embarque [...]”⁶⁸³, previsión con la que acude a llenar una laguna dejada en el olvido por el resto de corpus jurídico-criminales desde 1870⁶⁸⁴. Navarro de Palencia aprovecha la oportunidad de comentar este precepto para negar la mayor: en ese *hallarse a disposición de la autoridad* “la expresión es inexacta”, pues “esto se prestaría –dado lo defectuoso del funcionamiento judicial especialmente en sus organismos inferiores– á una serie infinita de interpretaciones”, *interpretaciones viciosas é inadecuadas*⁶⁸⁵. El anteproyecto *Saldaña* de reforma prescribe para todas las penas de privación de libertad –esa amplia categoría en la que engloba desde la prisión y depor-

681 Arts. 44, párrs. 1º y 2º, PCP 1882 (“Cuando el reo estuviere preso, la duracion de las penas temporales empezará á contarse desde el dia en que la sentencia condenatoria hubiere quedado firme. / Cuando el reo no estuviere preso, la duracion de las penas empezará á contarse desde que aquel se halle á disposicion de la autoridad judicial para cumplir su condena”) y 72 PCP 1884.

682 Art. 46 PCP 1884.

683 Art. 88, párr. 4º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 542.

684 Véanse art. 31, párr. 3º, CP 1870; art. 29, párr. 3º, CPCPR 1879; art. 31, párr. 3º, PRCP 1880 y CPF 1884; art. 32, párr. 3º, CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963, CPTR 1973.

685 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 539, 545.

tación hasta el arresto domiciliario y la expulsión de extranjeros— que puedan durar de un día a veinte años⁶⁸⁶, aunque, admitiendo incontinenti una deportación indeterminada⁶⁸⁷: *desenvolviendo la tradición española de la retención indeterminada*⁶⁸⁸, parece que podrá superar ésta dicho máximo. Así, en sus bases propuestas en 1921, “la pena será relativamente indeterminada, entre un máximum y un mínimum; en ocasiones, sólo desde un mínimum”⁶⁸⁹. Finalmente, en el corpus penal de 1928, regresada la deportación nominalmente, tampoco se recuperará con ella la tradición romanista: ahora no comportará inextinguibilidad, sino una extensión *de seis a treinta años*⁶⁹⁰ que la inviste como pena grave en todo caso⁶⁹¹, con expresión de que

El tiempo de la pena de deportación se contará desde que el reo se constituya a disposición de la Autoridad superior del lugar que se le haya asignado para cumplirla⁶⁹².

¿Implica ello dejar fuera del cómputo el tiempo de traslación hasta el punto de cumplimiento?; calla el Código a este respecto e incluso, cuando trata del abono de la prisión preventiva, lo refiere tan sólo a las penas de privación de libertad⁶⁹³... Si ya en el previo Proyecto del año 27 se censuró el tramo de seis a veinte años que, en climas insalubres, había de significar para el deportado una condena a muerte por delitos políticos⁶⁹⁴, la crítica había de subir de punto proporcionalmente al incremento de diez años en el *maximum* con que al cabo salió el Código; por ejemplo, el funcionario San Martín Losada, anotador del Código, se escandaliza ante la suposición de que, “como esta pena tiene que cumplirse, por regla general, en las Posesiones españolas del Africa Occidental, basta indicar esto, teniendo en cuenta las condiciones

686 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 104-105 (art. 58 ACP 1920).

687 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60 ACP 1920).

688 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 121: “no dándose para nosotros diferencia esencial, entre pena y medida, a nadie sorprenderá que hayamos extendido el principio de indeterminación —admitido con carácter absoluto para las medidas de seguridad, en todos los Proyectos modernos— a las penas”.

689 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 62 ACP 1920).

690 Arts. 108, párr. 3º, CP 1928 y 112, párr. 3º, PCP 1927.

691 Arts. 89 CP 1928 y 92 PCP 1927.

692 Arts. 112 CP 1928, estimándose de rigor las reglas de los arts. 109 y 110 CP 1928 para fijar el tiempo de las penas por días, meses o años; art. 116 PCP 1927 (y las propias reglas, en 113 y 114 PCP 1927).

693 Arts. 114 CP 1928 y 118 PCP 1927.

694 ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 23.

de aquel clima, y el plazo de duración de esta pena, que es como mínimo seis años, para comprender que, en muchos casos, es condenar a una persona a muerte de un modo disfrazado”⁶⁹⁵. En todo caso, la extensión legalmente dada a esta pena, como la del resto de la tabla punitiva, quedará corregida en la práctica por obra y gracia del Decreto republicano de 15 de abril de 1931, “disponiendo quede anulado sin ningún valor ni efecto, el titulado Código penal de 1928”, de tal manera que “cuando [...] se hubieran dictado sentencias condenatorias firmes, más severas que las permitidas por la legislación penal legítima, se procederá de oficio, a instancia de parte o del Ministerio fiscal, a rectificarlas por vía de indulto”, del mismo modo que “cuando, por el contrario, las disposiciones penales de la Dictadura hubieran permitido sentencias más favorables al reo, se entenderán convalidadas por indulto general tácito que las rectifique”⁶⁹⁶. Ya ha ido quedando claro que para los artífices del Anteproyecto de 1938 es la duración la piedra de toque que a la postre tendrá que diferenciar una relegación de un confinamiento, castigos, más que igualados, confundidos en todo lo demás: durará la primera *de veintiuno a treinta años*, la segunda *de seis a diez años*⁶⁹⁷:

La duración de las penas de relegación, extrañamiento, confinamiento y destierro, no empezará a contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir la condena⁶⁹⁸.

Repárese en que esta cláusula casi siempre ha aparecido con las tres últimas penas únicamente⁶⁹⁹, cuando el supuesto del relegado resulta idéntico al del confinado. Como pena considerada inmediatamente superior a la relegación cuando la ley señalase una pena superior sin designarla en concreto prescribía este articulado preparatorio *la misma pena con la cláusula de que su duración mínima será de veinticinco años*⁷⁰⁰.

En suma, si se desea hacer balance al completar este recorrido, frente

695 SAN MARTÍN LOSADA, *El Código...*, p. 82. Véase ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 23.

696 Decreto anulatorio de 15 de abril de 1931 cit., arts. 2º y 3º.

697 Art 30, párrs. 1º y 3º, AFCP 1938.

698 Art. 32, párr. 3º, AFCP 1938.

699 Véanse, sin la relegación, art. 31, párr. 3º, CP 1870; art. 29, párr. 3º, CPCPR 1879; art. 31, párr. 3º, PRCP 1880 y CPF 1884; art. 32, párr. 3º, CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

700 Art. 69.2º AFCP 1938.

a la deportación perpetua y la relegación temporal romanas, rastreadremos en nuestros códigos bien sólo una deportación perpetua, bien sólo una deportación temporal, bien una relegación perpetua y otra temporal..., pero nunca se reproducirá aquella consistente construcción transmitida por las Partidas que a cada nominación asignaba no sólo distinta proyección temporal, sino diferentes efectos también directa y lógicamente derivados de la perpetuidad o no, de la proscripción de por vida o por tiempo cierto en que dejaban al reo con relación a la comunidad. La deportación de 1822, con su innegable punto de referencia romano, no tomó de éste sino la perpetua deportación, pues la conexión se establecía mediatizadamente a través del Código francés de 1810. Los proyectos penales subsecuentes difieren ya en sus soluciones: pena de hasta diez años en 1830, sólo perpetua en 1831 y temporal o perpetua en 1834. Ésta será la tónica dominante desde que los redactores del Anteproyecto de 1845 se plantean y deciden en efecto la incorporación de la relegación temporal junto a la de extensión vitalicia: desde 1848, veinte años será el tope de aquélla y –ya 1870– treinta el de ésta en virtud del indulto *legal* que rebaja la perpetuidad a rango puramente enunciativo. Se trata de un primer paso en el nuevo proceso por el cual la bifurcación en dos modalidades durativas se reconduce a la inversa: a partir del Proyecto de 1882 comienza a proponerse una única relegación temporal; el de 1884 recupera todavía la dualidad, pero el resto de trabajos preparatorios que siguen la rechazan, hasta el último acto de presencia de la pena en el ordenamiento, otra vez con el nombre de deportación, en 1928, de treinta años como máximo, el mismo que pretende fijar el Anteproyecto falangista, ulterior pero sin positivar. En definitiva, deportación o relegación, ora perpetuas –con efecto o no–, ora temporales, han contado siempre entre las más dilatadas penas de las escalas.

6. Reglas de ejecución de la pena

A] El orden en la ejecución

El orden de cumplimiento de penas concurrentes puede considerarse la primera decisión que afecta a la fase ejecutiva de las sentencias condenatorias cuando efectivamente se imponen varias y no se acumulan por el juzgador en la mayor de ellas. En la economía del Código de 1822 el orden de gravedad para determinar la imposición de una de las penas concurrentes con refundi-

ción o subsunción de las restantes inferiores⁷⁰¹ se combina con la precedencia de las utilitarias que incluyen trabajo forzado, de manera que

Si el reo [...] mereciere pena de deportacion por un delito, y por otro ú otros destierro, presidio, reclusion, prision, confinamiento, arresto, sujecion á la vigilancia, ú obligacion de dar fianza, solamente se le impondrá la primera pena; pero si por un delito mereciere obras públicas, y por otro deportacion, sufrirá esta despues de cumplir el tiempo de aquellas⁷⁰²

Habiendo concurso de delitos y de penas, la de muerte y la de trabajos perpetuos absorberán a la deportación, pero ésta será la impuesta solamente cuando la mereciere por un delito y por otro ú otros las penas más leves, salvo la de obras públicas, que la sufrirá con preeminencia para pasar después a la deportación⁷⁰³. En los Proyectos de 1830 y 1834 la ordenación de las penas concurrentes no pasa de la fase judicial de imposición, optando por penar tan sólo por la mayor de las corporales⁷⁰⁴, sin que tal regla pueda ser clasificada en modo alguno entre las ejecutivas: no hay orden de ejecución, sino una selección legal de la pena que se va a imponer y, por ende, a ejecutar, declarada que sea por el juzgador. En el de Sainz de Andino esto acaece directamente con las penas de muerte, trabajos perpetuos, encierro solitario de la misma calidad o deportación, pues su perpetuidad no consiente sino la refundición en ellas de las inferiores temporales⁷⁰⁵, mientras que en las temporales la im-

701 Arts. 113 y 114 CP 1822 (115 y 116 PCP 1821).

702 Arts. 114 CP 1822 y 116, párr. 1º, PCP 1821.

703 Arts. 113 y 114 CP 1822; 115 y 116 PCP 1821. Planteado “[...] que seria muy conveniente que la pena de deportacion se refundiese en la de obras públicas”, contesta Calatrava: “la comision quisiera tambien lo mismo que el señor preopinante; pero no lo considera compatible con la necesidad de imponer penas proporcionadas. Muchos se irian á la deportacion de buena gana por no estar antes en las obras públicas, que es pena más dura, aunque temporal. La comision ha formado una escala de penas, y cree que esa variacion la alteraria toda sin necesidad” (*DSC* 1821-1822, t. II, nº 98, ses. 31-XII-1821, p. 1564).

704 Art. 44 PCC 1830: “Al reo de muchos crímenes de una misma especie se le impondrá únicamente la pena corporal que mereciere por el mayor de ellos, y todas las pecuniarias que corresponda”; art. 60 PCC 1834: “Al reo de muchos crímenes de una misma especie cometidos en un mismo acto, se le impondrá únicamente la pena corporal que merezca por el mayor de ellos, y todas las pecuniarias que correspondan a los demás”.

705 Art. 140 PCC 1831: “Si por alguno de estos delitos tuviese lugar la pena de muerte, la de trabajos perpetuos, la de encierro solitario con la misma calidad, o la de

posición de la más grave se modula con su acrecimiento hasta el máximo por virtud de las penas inferiores que también se le refunden⁷⁰⁶.

Bajo el corpus de 1848, “al culpable de dos o más delitos ó faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”⁷⁰⁷ para su cumplimiento simultáneo; de no poderse efectuar este cumplimiento simultáneo de las diversas penas concurrentes, se sufrirán éstas en orden sucesivo de gravedad “[...] excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º”⁷⁰⁸, lo cual a las solas penas restrictivas de libertad que no afecta, por su misma índole o especialidad, es a las dos relegaciones. El Proyecto de 1869 sirvió como banco de pruebas al objeto de ir afinando una selectiva prelación con la que corregir la acumulación de condenas, quedando sus indicaciones como tanteos de la más fina regulación cristalizada en el futuro Código:

Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se impondrán las penas correspondientes á las diversas infracciones, con las limitaciones siguientes:

[...]

5ª. Cuando correspondan las penas de cadena temporal, las de reclusion, rele-

deportación, se entenderán refundidas en cualquiera de éstas, que corresponda aplicarle, todas las penas en que hubiese incurrido por otros delitos”.

706 Art. 142, párr. 1º, PCC 1831: “En el caso de que las diferentes penas corporales en que haya incurrido el autor de varios delitos sean todas de tiempo limitado, se le impondrá la más grave en calidad, y por el máximo de tiempo que la ley prefijare, teniéndose los demás delitos por circunstancias agravantes para la imposición del máximo, y sus penas como refundidas en éste”.

707 Arts. 76, párr. 1º, CP 1848, CP 1850; art. 72, párr. 1º, CPC 1875; art. 88 CP 1870; art. 86 CPCPR 1879 y PRCP 1880; art. 79 PCP 1882; art. 87 CPF 1884; 73 CP 1932; art. 69 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1073.

708 Art. 76, párr. 2º, CP 1848: “El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las mas graves, ó sean las mas altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º”. Este precepto es uno de los que acusa alguna variación al rehacerse el Código en 1850, aunque tampoco de extraordinaria relevancia: simplemente consiste en hilar más fino a la hora de excepcionar la regla primaria dada en el primer período; ahora, no sólo *cuando no fuere posible* se modifica ésta con un orden sucesivo, también “[...] si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas” (art. 76, párr. 2º, CP 1850). Véase la anotación de VALERO DE TORNOS (dir.), “Código...”, p. 30.

gacion y extrañamiento perpétuas, se impondrá la primera, y para despues de su cumplimiento sólo la mayor perpétua más grave, con sujecion á la escala general del art. 24.

6^a. Cuando correspondan algunas de las expresadas penas perpétuas, se impondrán [sic] sólo la más grave.

7^a. Cuando correspondan algunas de las penas de reclusion, relegacion ó extrañamiento temporal con las de cadena temporal, se impondrá esta, y para despues de su cumplimiento la más grave de las otras; pero sin que en ningun caso exceda de la totalidad de la condena de 24 años⁷⁰⁹.

En cambio, lo que el Código de 1870 prescribe, como hacía el de 1848⁷¹⁰, es que “al culpable de dos ó más delitos se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo” y, “cuando todas ó algunas de las penas correspondientes á las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán respecto á ellas las reglas [...]” de prelación en el cumplimiento sucesivo; es decir que en el Proyecto las modificaciones se producían a la hora de imponer la pena el juzgador, excluyendo algunas según qué casos, *modificando la punibilidad*, pues, mientras que en el Código se imponen todas y las alteraciones en la penalidad tienen un mero alcance ejecutivo que, esto sí, resulta a la postre igual de transformador de la pena aneja al tipo, sólo que bajo diferente concepto. Impuestas que hayan sido varias penas, consagra el Proyecto de 1869 el cumplimiento sucesivo por su orden de gravedad, pero corregido un tanto el principio en atención a la intensidad con que se ve afectada la libertad. La deportación perpetua –viene a decir este Proyecto, aunque es la relegación y no ésta la pena que tiene admitida– se pospondrá a la cadena temporal, no obstante el orden de la escala general:

El sentenciado sufrirá todas sus condenas simultáneamente, si fuere posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves. De esta regla se exceptúan:

1^o. Las penas de reclusion, deportacion y extrañamiento perpétuos cuando se hayan impuesto con la de cadena temporal, en cuyo caso esta se sufrirá antes que aquellas en conformidad á lo prescrito en las limitaciones 6^a y 8^a de este artículo⁷¹¹.

Ya bajo el nuevo Código Penal, para el cumplimiento sucesivo de pe-

709 Art. 76.5^a-7^a PRCP 1869.

710 Art. 76, párr. 1^o, CP 1848: “Al culpable de dos ó mas delitos ó faltas se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones”.

711 Art. 76.10.1^o PRCP 1869.

nas que no consientan la simultaneidad ha de seguirse el criterio ordinal de más a menos grave; conduce ello hasta una primera escala creada por este Código –con mejora de las pautas del Proyecto precedente– en la cual las restricciones de libertad copan los postreros lugares: tras la última pena privativa (el arresto mayor), las dos relegaciones, los dos extrañamientos, el confinamiento y el destierro⁷¹²; por supuesto, no obra aquí desprejuiciadamente el criterio de la gravedad, sino que actúa combinado con el de economía o eficacia penal: sólo una vez cumplidas las privaciones de libertad puede el Estado aflojar su apremio sobre el culpado, arriesgándose a la mayor facilidad para eludir su acción que comporta la sujeción meramente deambulatoria o geográfica.

El Proyecto *Bugallal* de 1880 repite la escala de gravedad para el cumplimiento sucesivo construida por el Código en vigor⁷¹³, igual que los Códigos antillano y filipino⁷¹⁴; en cuanto al carlista, ya sabemos que acude con preferencia a la regulación de 1850, y no deja hacerlo en este punto⁷¹⁵. El Proyecto de Código de 1882, tras las reclusiones, prisión y arresto, en la ordenación del cumplimiento sitúa la relegación, el extrañamiento y el destierro⁷¹⁶. Por el Proyecto *Silvela*,

Al culpable de dos ó más delitos ó faltas, que no haya sido ejecutoriamente castigado por ninguno de ellos, se le impondrán, si no ha prescrito la accion para perseguirlos,

712 Art. 89.1^a CP 1870 (“En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado, en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas ó por haberlas ya cumplido. / La gravedad respectiva de las penas para la observancia de lo dispuesto en el párrafo anterior, se determinará con arreglo á la siguiente escala: / Muerte. / Cadena perpétua. / Cadena temporal. / Reclusion perpétua. / Reclusion temporal. / Presidio mayor. / Prisión mayor. / Presidio correccional. / Prisión correccional. / Arresto mayor. / Relegación perpétua. / Relegación temporal. / Extrañamiento perpétuo. / Extrañamiento temporal. / Confinamiento. / Destierro”); y consúltese el precepto antecesor, a través de 1850, en el corpus de 1848: el 76, párr. 2^o, acudiendo a GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, pp. 130-131, y a NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 634. Téngase presente el “Real decreto, disponiendo que el orden de prelación para el cumplimiento de las condenas que simultáneamente se impongan á un mismo reo, debe señalarle el Tribunal respectivo”, de 9 de abril de 1888, en *CLE* 140, disp. 148, pp. 680-682.

713 Art. 87.1^a PRCP 1880.

714 Arts. 87.1^a CPCPR 1879 y 88.1^a CPF 1884.

715 Art. 72, párr. 2^o, CPC 1875.

716 Art. 93, párr. 2^o, PCP 1882.

todas las penas correspondientes á las diversas infracciones que haya cometido, para que las cumpla por el orden establecido [...]»⁷¹⁷.

El orden establecido lo es por escala o prelación redundante en que la pena de relegación, todas –por mejor decir– *las de restricción de libertad* las sufrirá el reo después de las de privación de dicho bien y antes de las de privación de derechos, siempre y por descontado que no cupiere el cumplimiento simultáneo⁷¹⁸. Ganado ya el sigloXX, carece el corpus penal primorriverista de escalas graduales, pero no de la también ya clásica que ordena las penas para el cumplimiento sucesivo en imposibilidad del simultáneo: el criterio permanece invariado, con las privaciones de libertad en todo caso por delante de las simples restricciones (muerte, reclusión, prisión, arresto, deportación, confinamiento y destierro)⁷¹⁹. Incluso en el falangista Anteproyecto penal la gravedad respectiva de las penas, con todas las variantes que presenta, se determina acomodada a la misma escala de 1870 en cuanto a su filosofía: muerte, distintas privaciones de libertad y las restricciones a lo último, la relegación primera de ellas como la más grave⁷²⁰.

En resumen, bajo una u otra fórmula, con uno u otro sistema, pero siempre respetando este principio ordinal, parece que ha sido idea constante la de que en el cumplimiento sucesivo de las penas por su orden de gravedad (subsidiario del simultáneo) debían excepcionarse en todo caso las de restricción locomotiva, quedando pospuestas en bloque –incluso la *grave* relegación– hasta concluir la ejecución de todas las privaciones de libertad, de todas las de *encierro*, aunque se tratase de las más leves entre ellas, como el simple arresto. Razones de eficacia penitenciaria abonan esta solución, de ahí la unanimidad contrastada.

717 Art. 110 PCP 1884.

718 Art. 73.2^a PCP 1884.

719 Arts. 163, párr. 1^o, CP 1928 (“Al culpable de dos o más delitos o faltas, se le impondrán en la sentencia que los sancione, todas las penas correspondientes a las diversas infracciones que haya cometido y por las cuales haya sido juzgado para que las cumpla simultáneamente a ser posible, y cuando no lo sea, por el siguiente orden: / Muerte. / Reclusión. / Prisión. / Arresto. / Deportación. / Confinamiento. / Destierro”) y 171, párr. 1^o, PCP 1927 (pero éste no apreciaba necesario consignar aperturalmente la pena capital, acogida, por supuesto, en su escala del art. 90 PCP 1927).

720 Art. 65.1^o AFCP 1938.

B] Actos ejecutivos materiales.

“El reo [...] será conducido á una isla ó posesion remota, [...] será destinado á los trabajos ú ocupaciones que su gefe disponga”⁷²¹: luego de tan difusas consideraciones, tan corta fue la vida del Código que no pudieron llegar *los reglamentos respectivos*⁷²² que aguardaba la deportación. Parecida es la concreción del Proyecto de 1830 en su atención directa a esta pena⁷²³, bien que ofrece una cumplida reglamentación de la fase de ejecución de los traslados a que deben ser sometidos, entre otros, los confinados, así como de la evacuación de sus licencias⁷²⁴. Es materia perfectamente trasladable a los deportados, preteridos en este aspecto, máxime cuando el texto preparatorio de 1834, tan deudor de su precedente, recupera la deportación a los efectos de incluirla en el precepto que consagra al trámite de la conducción (ahora bien, con esa insólita nomenclatura de *deportación a algún castillo, isla o fortaleza*). Entretanto, el de 1831 posee una descripción básicamente detallada y, además una especialidad en razón del sujeto pasivo.

Los que sean condenados a esta pena serán conducidos, aseguradas sus personas, a la Isla que se designe en la sentencia y puestos a disposición del primer Jefe civil de ellas, bajo cuya vigilancia estarán en el lugar que les señale para su residencia, ocupándose necesariamente en algún oficio o modo de vivir análogo a su capacidad física y moral⁷²⁵.

La especialidad viene referida a la ejecución de esta pena en los eclesiásticos ordenados *in sacris* del clero secular y regular:

Los que sean deportados, serán puestos a disposición del ordinario Diocesano del punto de la deportación para que los destine a los servicios de piedad o de beneficencia que halle oportunos y estarán bajo su vigilancia inmediata, sin perjuicio de la que asimismo deba ejercer la autoridad civil para asegurarse de que el reo no quebranta la deportación⁷²⁶.

El Proyecto de 1834, de ordinario plegado a las cláusulas de 1830⁷²⁷,

721 Art. 50 CP 1822 (art. 51 PCP 1821).

722 Art. 50 CP 1822, no todavía en el art. 51 PCP 1821.

723 Art. 71 PCC 1830.

724 Arts. 723 a 733 PCC 1830.

725 Art. 50, párr. 2º, PCC 1831.

726 Art. 126, párr. 4º, PCC 1831.

727 Arts. 71 PCC 1830 y 94 PCC 1834.

se siente liberado de entrar a pautar esta materia por la recentísima publicación de una norma que específicamente la abrazaba:

Los destinados a arsenales, minas, obras públicas, confinamiento, deportación a algún castillo, isla o fortaleza, serán entregados y conducidos conforme a lo dispuesto en la Real ordenanza de 14 de abril de 1834⁷²⁸.

Situémonos: la pena de deportación se había finiquitado prematuramente con el Código de 1822 y, si ahora, en estos Proyectos, quedaba nonata, es que no había tal ni le habían de ser aplicadas estas disposiciones de 1834, al menos hasta 1848, en lo que permitieran novedades de tanto peso como el traspaso de estos cometidos a la Guardia Civil⁷²⁹. Con tales consideraciones en la cuenta, el contenido de la Ordenanza que puede resultar interesante se contiene en su título “De las conducciones de penados y de las cuerdas de presidiarios”, de cuya preceptiva, entendido que en ningún momento alude a una insubsistente deportación, la parte utilizable sería justamente la referida a las célebres cuerdas. Inicia el trámite el subdelegado de Fomento o jefe superior de los depósitos y presidios de cada provincia⁷³⁰:

El subdelegado, jefe del primer presidio de donde deba salir la cuerda, elegirá un oficial retirado ó ilimitado que merezca su confianza, de la clase de capitán por lo menos, para que se encargue de la conducción, y oficiará al capitán general para que le expida el correspondiente pasaporte, y le facilite la escolta necesaria con arreglo al número de presidiarios y gravedad de sus condenas⁷³¹.

728 Art. 795 PCC 1834.

729 Por Decreto “creando un cuerpo especial de fuerza armada de infantería y caballería con denominación de *Guardias civiles*”, de 28 de marzo de 1844, en *CLE* 32, pp. 446-452. Véanse Miguel LÓPEZ CORRAL, *La Guardia Civil: nacimiento y consolidación, 1844-1874*, pp. 33-55; o Diego LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, pp. 92-109.

730 Por “Real orden, fijando las atribuciones que corresponden á los Gobernadores de las provincias y á los comandantes de presidios, en los establecimientos penales”, de 10 de noviembre de 1852, en *CLE* 57, disp. 904, pp. 458-465, art. 1º: “Los Gobernadores serán en sus respectivas provincias los Jefes superiores de los establecimientos penales que existan en ellas, así como de los destacamentos de confinados que accidentalmente se hallen en el territorio de su mando”; “les corresponde además solicitar del Capitán general la fuerza armada necesaria á la seguridad de los presidios, depósitos correccionales y destacamentos en marcha” (art. 3º); su art. 25 atiende a las conducciones de un presidio a otro.

731 Art. 59 OGPR 1834. “Para evitar dudas en este punto se regularán las es-

Cada comandante será responsable de los sentenciados que reciba, y de los documentos respectivos, debiendo entregar unos y otros á las autoridades de los puntos en que deje la cuerda, exigiendo en el acto los recibos correspondientes⁷³².

Las justicias de los pueblos donde han de hacer tránsito facilitarán las cárceles y á falta de estas otros edificios en que alojarlos, siendo de cargo de las mismas justicias la seguridad de estas por la noche, para lo cual les pasarán revista en el acto de la entrega los que hayan de custodiarlos, sin que por lo referido exijan derechos de carcelage ni otro bajo ningún pretesto⁷³³.

Los presidiarios serán conducidos desde Málaga y Tarifa sin pérdida de tiempo á los buques de dotacion [...] ú otros que se fleten, encargando al capitán ó patron del buque la responsabilidad hasta su entrega, de la que exigirá el recibo correspondiente, y proporcionándole para la seguridad de los presidiarios durante la travesía la escolta que considere necesaria⁷³⁴.

coltas al respecto de un soldado por cada diez presidiarios; pero si las circunstancias exigiesen aumentar, ó permitiesen disminuir esta proporcion, el subdelegado de la provincia se pondrá préviamente de acuerdo para uno ú otro efecto con el gefe superior militar” (art. 60 OGPR 1834). “Los encargados de cuerdas mudarán las escoltas en los puntos en donde haya proporcion, y á la menor distancia posible, siendo obligacion de los comandantes militares facilitar la tropa necesaria para el relevo” (art. 63 OGPR 1834).

732 Art. 62 OGPR 1834.

733 Art. 66 OGPR 1834. “Para la mas espedita ejecucion de lo espresado en el artículo anterior, el comandante de la cuerda avisará con la debida anticipacion á las justicias de los pueblos en que haya de hacer noche, para que tengan dispuesto cuanto pueda necesitarse” (art. 67 OGPR 1834). “Se arreglarán las marchas á los itinerarios que espida el director general, y en el caso en que por incidentes imprevistos tengan los comandantes que variarlo, lo verificarán en términos que cada jornada sea de tres á cuatro leguas, observándose lo que previene sobre el particular el artículo 55; en inteligencia de que deberán evitar á toda costa hacer noche en despoblado, á no ser por una de aquellas causas imprevistas que absolutamente no dejen otro arbitrio, en cuyo caso se ejercerá la debida vigilancia” (art. 64 OGPR 1834; respecto al mencionado art. 55 OGPR 1834, cfr. nota VII/237). “Se darán á los presidiarios dos ranchos cada dia en los términos y á las horas que se juzguen más oportunas” (art. 65 OGPR 1834). También viene reglamentado el protocolo pertinente cuando entre los reos se manifestare alguna enfermedad durante la marcha (arts. 68 a 73 OGPR 1834).

734 Art. 75 OGPR 1834. Antes de llegar al embarque, la cuerda ha transitado por rutas bien definidas: “El comandante de la cuerda que salga de Valladolid deberá llegar hasta Málaga, recogiendo al paso los presidiarios de Madrid y Córdoba: el de Sevilla hasta Tarifa: el de Zaragoza y Barcelona hasta Valencia: el de Valencia, reuniendo los presidiarios de las dos cuerdas últimas, seguirá hasta Málaga embarcándose en Cartagena ó por

Los gastos que irroguen los presidiarios en los viajes por mar, serán tambien de cuenta del presupuesto del ramo, escepto los de aquellos que tengan bienes para satisfacerlos⁷³⁵.

El viaje de regreso del reo que haya cumplido su deportación temporal era cuestión que preocupaba a los penitenciaristas, por ejemplo, a Arenal, teniendo por injusticia y crueldad prolongar la pena en quien no dispone de posibles para costearse el pasaje de vuelta⁷³⁶; rigorista, Cadalso entendía que deben abonarlo de su bolsillo, precisamente con las ganancias producto del trabajo desarrollado o bien permanecer en la colonia si su desaplicación no les hubiera procurado tales medios pecuniarios⁷³⁷. A estos últimos efectos, pues,

Si de la condena resultase que el sentenciado posee algunos bienes, el subdelegado de fomento hará asegurar del producto de estos lo suficiente á su conduccion, alimento y vestido para que no sea gravoso á la real hacienda, á no ser que prefiera renunciar á los socorros, y alimentarse y vestirse por sí⁷³⁸.

Aunque “por regla general no podrán acompañar á los presidiarios que conduzcan en las cuerdas sus mujeres, ni parientes de cualquier grado que sean, y menos pasar á las plazas de Africa á que fueren destinados”⁷³⁹, naturalmente habría que comprender a los deportados dentro de las previstas excepciones a esta *regla general* si se estuviese a la letra del Código de 1822⁷⁴⁰ o, simplemente, al espíritu del de 1848. Y todavía reenvía la Ordenanza á

tierra si no hubiese proporcion de embarque, y el de la Coruña hasta Cadiz” (art. 61 OGPR 1834). Y, una vez alcanzada la plaza portuaria, el art. 247 OGPR 1834 hace previsión de que, “en caso de no haber buques de la dotacion de los presidios, dispondrán los subdelegados que se fleten los que haya en el puerto [...]”. Sobre este aspecto de la deportación, la travesía hasta el punto de destino, léase a CADALSO, *La pena...*, pp. 51-54, con la ejecución que propone como modélica.

735 Art. 245 OGPR 1834 (los arts. 234 a 247 OGPR 1934 se ocupan del apartado del “Gasto de conducciones y trasportes”).

736 ARENAL, *Las colonias...*, pp. 92-93.

737 CADALSO, *La pena...*, pp. 30, 58, 61.

738 Art. 291 OGPR 1834.

739 Art. 76 OGPR 1834.

740 Art. 53 CP 1822: “[...] siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en su destierro ó deportacion”.

lo que se dispondrá en la instrucción para las conducciones y cuerdas⁷⁴¹. Esta materia resultó substancialmente afectada a partir de la creación de la Guardia Civil el año 1844, con reasignación a ella de unos cometidos hasta entonces a cargo de las autoridades locales: prohibida, así la conducción por tránsitos de justicia en justicia, de las cárceles municipales van las cuerdas a las de partido, de ahí a las respectivas Audiencias Provinciales y de éstas a los establecimientos penales o puertos de embarque hacia la deportación⁷⁴². A partir de entonces, la mecánica operativa en tales traslados responde a la progresiva concatenación de instrucciones y circulares que Enrique Martínez Ruiz analiza en su interesantísimo artículo sobre “La conducción de presos en el reinado de Isabel II”⁷⁴³. Época ésta de hacendoso dinamismo liberal, entre el haber de los trabajos preparatorios de 1845, considerada la relegación,

El penado estará sujeto a una estrecha vigilancia de la autoridad civil, para lo que se darán las órdenes oportunas⁷⁴⁴.

Menos dice la fórmula –vigilancia de la autoridad, trabajo libre– que había de afanzarse desde el Código de 1848 al de 1870⁷⁴⁵, pero, vigente el de 1850, se publica un real decreto de 1855 sobre cumplimiento de sentencias judiciales determinando que

Los reos condenados á [...] relegacion, estrañamiento [...] y confinamiento, cualquiera que sea la clase de estas penas, serán puestos, con sus respectivos testimonios de condena, á disposicion de la autoridad superior gubernativa de la provincia, dentro del tercero dia despues de habérseles notificado la sentencia ejecutoria; pasando á dicha autoridad el correspondiente oficio participándoselo, á fin de que disponga su ingreso en los establecimientos penales ó su conduccion, con la seguridad debida, á los puntos á que fueren destinados⁷⁴⁶.

Esta norma acude a reglamentar el traslado de los penados hasta el lugar en el que haya de verificarse la sentencia, pudiendo suponerse que, al no haber disposición previa que se ocupara del ello, las penas restrictivas de

741 Art. 74 OGPR 1834.

742 Enrique MARTÍNEZ RUIZ, “La conducción de presos en el reinado de Isabel II”, *Revista de la Universidad Complutense* 28/116 (1958), p. 125. Cfr. nota IV/729.

743 MARTÍNEZ RUIZ, “La conducción...”, pp. 123-146.

744 En ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 566 (art. 64, párr. 2º).

745 Arts. 102 CP 1848 y CP 1850, art. 111 CP 1870.

746 RDCSJ 1855, art. 3º.

libertad precisadas de un traslado oficial (relegación –desde 1848–, extrañamiento, confinamiento) se asimilarían a las privativas en cuanto a la práctica de éste, lo que habíase regulado en la Ordenanza General de los Presidios del Reino, en 1834⁷⁴⁷, de la misma manera que para la justificante circulación del testimonio de condena se remite el decreto a la dicha Ordenanza y a cierta Real Orden de 3 de noviembre de 1839⁷⁴⁸. Sólo extractaré uno de los varios preceptos que reserva aquélla para desarrollar este punto, pero no sin insistir en que se está adaptando, porque así lo pide la norma, un reglamento elaborado con la intención y la expresión puestas en los presidios⁷⁴⁹, sin pensar siquiera en deportar con arreglo a los modernos patrones introducidos por el Código de 1822, en esencia, y con variantes y todo, los mismos del de 1848 que desenvuelve el decreto habilitador:

Con cada presidiario se entregará por el conductor al jefe del presidio de su primera entrada el certificado fehaciente de su condena, del cual dará recibo la mayoría con el Vº Bº del comandante, y este además en el inmediato correo oficiará, avisando la entrada para que conste en autos⁷⁵⁰.

Por supuesto, habrá que sustituir la referencia al jefe del presidio y entenderla a la autoridad superior del establecimiento o plaza colonial, obrando lo propio respecto al mayor de los presidios según el organigrama administrativo de la colonia. Prosigue el reglamento de 1855:

Si faltase en el testimonio de la condena alguna de las circunstancias prevenidas en las citadas disposiciones, el gobernador de la provincia ó el jefe del establecimiento penal deberá reclamar la remisión de otro para salvar las faltas del primero, al que se unirá⁷⁵¹.

Avisarán el recibo de los reos y de los testimonios de sus condenas los gobernadores de provincia, y también los jefes inmediatos de los establecimientos, á los ocho días de su ingreso en los mismos, y sus comunicaciones se unirán y harán constar en los autos⁷⁵².

747 OGPR 1834, arts. 49 a 76.

748 RDCSJ 1855, art. 4º.

749 Arts. 288 a 295 OGPR 1834. Consúltese la Real Orden de 3 de noviembre de 1839, en *CLRDO* 7, pp. 207-208.

750 Art. 288 OGPR 1834.

751 RDCSJ 1855, art.5º.

752 RDCSJ 1855, art. 6º. Váyase a la Real Orden de 15 de junio de 1861, “disponiendo que los presos rematados y los penados de tránsito no se detengan en las cárceles

Los gobernadores de provincia, á cuya disposicion se hayan puesto los reos, cuando estos hubiesen sido condenados á relegacion ó estrañamiento perpétuo ó temporal, darán ademas parte tan pronto como tengan noticia de que los primeros se encuentran en el punto de Ultramar á que fueron destinados, y de que los segundos atravesaron la frontera⁷⁵³.

Esta misma disposición pone en marcha las Juntas Inspectoras Penales, *en todas las audiencias de la Península é islas adyacentes*, para el control de la ejecución de condenas⁷⁵⁴, sin incluir a los territorios de Ultramar, puntos de la relegación, ni reasignar estas funciones a peculiar instancia. Por último, una cláusula general a toda clase de penas:

Con objeto de salvar la responsabilidad en que incurrirían los tribunales por no mandar llevar á ejecucion en el término debido las penas que quedan espresadas y cualquiera otra á que los reos fueren sentenciados, harán constar siempre en los autos todas las diligencias que hubiesen acordado que se practicasen al efecto y su resultado⁷⁵⁵.

El tratamiento recibido por la pena de inhabilitación, accesoria de la relegación en su hechura legal⁷⁵⁶, entra asimismo dentro de las pautas ejecutivas que deben tenerse presentes al considerar el despliegue de esta restricción ambulatoria:

Cuando los reos hubieren de sufrir penas de inhabilitacion ó suspension para cargos públicos, derechos políticos, profesion ú oficio, bien porque principalmente se les hayan impuesto, bien porque otras penas las lleven consigo, se remitirá, dentro de los tres dias siguientes, al de la notificacion de la sentencia ejecutoria, testimonio de la condena al gobernador de la provincia en que residieren; y se dará conocimiento de ella al ministerio de Gracia y Justicia, espresando el nombre y apellido del reo, con las demas circunstancias personales contenidas en la sentencia, el delito porque fué procesado y la inhabilitacion ó

mas tiempo que el necesario para que sean trasladados con la debida seguridad”, en *CLE* 85, disp. 265, pp. 508-509.

753 RDCSJ 1855, art. 7º.

754 RDCSJ 1855, arts. 14 y ss.

755 RDCSJ 1855, art. 13. A continuación, “para que puedan los tribunales llenar de un modo mas fácil y espedito el deber que les incumbe, de hacer que se ejecute lo juzgado, se crea en todas las audiencias de la Península é islas adyacentes una junta, que se denominará ‘Junta inspectora penal’ (art. 14), suerte de órgano reglamentado en los arts. 15 a 23, y de cuyo ámbito de acción se deja fuera, ya se advierte, la relegación.

756 Arts. 54.1ª y 57 CP 1850. Intégrese con el art. 19 del R. D. de 6 de noviembre de 1885 cit.

suspension que especialmente se le ha impuesto, ó que otra pena, en que se le ha condenado, lleva consigo. Y tanto dicho ministerio, como los otros á quienes, ó al que corresponda segun fuese absoluta ó especial la inhabilitacion, se pasará inmediatamente una nota circunstanciada, formarán un catálogo de los sujetos á quienes se hubiesen aplicado las referidas penas, á fin de que consten en ellos y en sus dependencias la incapacidad y demas efectos producidos por aquellas en dichos penados⁷⁵⁷.

Otra cláusula atendible halla cabida en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872:

Cuando las penas impuestas sean de cadena, reclusion, relegacion, extrañamiento, presidio, prision, confinamiento, arresto mayor ó arresto menor en las casas del Ayuntamiento ú otras públicas, pondrá el Tribunal ó el Juez municipal en su caso los reos á disposicion de la Autoridad gubernativa correspondiente, para que sin demora comiencen á sufrir la pena, remitiéndole al efecto certificacion literal de la sentencia⁷⁵⁸.

Con referencia de nuevo a la penalidad por accesión, la ley procesal torna a dotar de procedimiento o método la pena de inhabilitación, con el aviso de que “las mismas disposiciones adoptará el tribunal cuando impusiere las penas de inhabilitación [...] como accesorias de otras mayores”⁷⁵⁹:

Si la pena impuesta fuere la de inhabilitacion absoluta perpétua, el Tribunal dispondrá que se publique testimonio de la parte dispositiva de la sentencia en los *Boletines oficiales* de las provincias en que se hubiese seguido la causa, y en que hubiese nacido el reo ú obtenido domicilio.

Cuando las circunstancias del caso lo exigieren, á juicio del Tribunal, se publicará tambien dicho testimonio en la *Gaceta de Madrid*⁷⁶⁰.

Su sucesora, la Ley procesal de 1882 se quedaba en que “cuando una sentencia sea firme [...] se procederá a ejecutar la sentencia”⁷⁶¹ y

757 RDCSJ 1855, art. 11.

758 Art. 913, párr. 1º, de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 [LPEC 1872] (“Real decreto, disponiendo la publicacion de la Ley provisional de Enjuiciamiento criminal y que empiece á regir desde el 15 de Enero próximo en la Península é Islas Baleares y Canarias”, de 22 de diciembre de 1872, en *CLE* 109, disp. 850, pp. 889-1043).

759 Art. 918 LPEC 1872.

760 Art. 914 LPEC 1872.

761 Art. 988, párrs. 1º y 2º, de la “Ley de Enjuiciamiento Criminal”, de 14 de septiembre de 1882 [LEC 1882], en *CLE* 129, disp. 555, pp. 884-1062: tal expresión resiste

La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquiera Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se le traslade al lugar en donde deba cumplir la condena⁷⁶².

Apenas surgen aquí y allá otras prevenciones en los Proyectos confeccionados mientras el Código de 1870 desplegó su vigor. Los de 1882 y 1884, teniendo ensayada una asimilación entre relegación y confinamiento, bajo nombre de aquélla, le aplican una posibilidad arbitrada desde 1848 para este último⁷⁶³; la primera fórmula, de 1882, es muy semejante a la del Código de 1870 para el confinamiento, en tanto que la segunda, silveliana, se revela original:

Los relegados que fueren útiles por su edad y salud y observaren buena conducta, podrán, con su anuencia, ser destinados por el Gobierno al servicio militar⁷⁶⁴.

Los condenados á relegacion podrán, con su anuencia, ser destinados por el Gobierno al servicio militar en las posesiones de África ó provincias de Ultramar, si fueren aptos para ello, por el tiempo que se determine al acordar la conmutacion⁷⁶⁵.

Se examinará con alguna detención esta sustitución o modo de ejecución dentro del epígrafe del confinamiento, pena a la que por lo común escoltó. El Proyecto *Montilla/Bernaldo de Quirós*, en 1902, ofertaba otra posibilidad ejecutoria que, en definitiva, pretendía transformar la relegación en cosa diferente no ya de la culturalmente admitida en España, sino de la que este mismo texto definía a la par como normalizada (“los deportados podrán dedicarse libremente bajo la vigilancia de la autoridad á su profesión ú oficio”⁷⁶⁶); además:

La pena de relegación se cumplirá también bajo el régimen del trabajo obligatorio en colonia penitenciaria, agrícola ó industrial, ó en estaciones navales⁷⁶⁷.

la recomposición del artículo llevada a cabo por la “Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *BOE* n° 86, de 11-IV-1967, pp. 4776-4789.

762 Art. 990, párr. 3º, LEC 1882.

763 Arts. 107, párr. 2º, CP 1848 y CP 1850, y 116, párr. 3º, CP 1870.

764 Art. 99, párr. 4º, PCP 1884.

765 Art. 85 PCP 1884.

766 Art. 54, párrs. 1º y 2º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571.

767 Art. 55, párr. 1º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571.

Lo más llamativo en la deportación de Saldaña es que abarca dos posibilidades ejecutivas según la peligrosidad: como relegación colonial o como confinamiento *isleño-adyacente*⁷⁶⁸, pero esto no es otra cosa que sutilidades sistematizadoras. La colonización penal, puede canalizarse no sólo mediante la relegación o el extrañamiento, también –de acuerdo con el muy atinado estudio de Dorado Montero– a través de la amplia gama de penas de libertad, por supuesto que contando con que sea la relegación una de las más expeditas, siquiera por etimología, para servirle de vehículo y en la que casi primero se pensaba⁷⁶⁹. Atendiendo al Código de 1928, el deportado *será conducido* a su destino y en él, como es habitual en las enunciaciones codificadas, “[...] permanecerá en libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad, dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establezcan”⁷⁷⁰. La última relegación, la del Anteproyecto falangista, abunda en la *completa libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad*⁷⁷¹, pero recordemos aquella otra variante ejecutiva que ofrecía, en concepto de *conversión de la pena*, al propio interesado:

Las penas de toda clase impuestas a reos de buena conducta y casados que delinquen por primera vez y por motivo no deshonoroso, son convertibles a voluntad del reo, en relegación o confinamiento en los territorios del Africa Central, por doble duración de la pena impuesta, con mínimo de dos años, siempre que el reo vaya acompañado de su familia y cumpla las demás condiciones que se le señalen por el Tribunal⁷⁷².

Antes de cerrar este apartado y simplemente como orientación o curiosidad, puede hacerse referencia a aspectos conocidos de la deportación represiva ejercida desde la administración del Estado en los cíclicos períodos de traslados masivos como consecuencia de las guerras carlistas, los pronunciamientos, las conspiraciones.... Para el primer trámite ejecutivo, la travesía marítima, la necesidad manadaba, debiendo aprovecharse con preferencia buques de la Marina Real, por lo general con viaje ya programado, no *ad hoc*, desde los mismos puertos de depósito, mas en defecto de este expediente tampoco se desdeñaba acudir a la flota mercante particular, en cuyo supuesto seguían siendo a expensas de la Real Hacienda, que procuraría reintegrarse

768 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60 ACP 1920).

769 Véase DORADO, “Colonias...”, pp. 165-166.

770 Art. 175 CP 1928 y 190 PCP 1927.

771 Art. 82, párr. 1º, AFCP 1938.

772 Art. 81, párr. 2º, AFCP 1938, y su “Preámbulo”, ed. cit., p. 46.

su desembolso con los salarios de los deportados. Aparte de la precisa coordinación que el flujo náutico y los depósitos de prisioneros en su pluralidad (Cartagena, La Coruña, Cádiz, Barcelona...) requerían, otro asunto harto preocupante fue la prevención de epidemias como la fiebre amarilla, primero durante la navegación, ajustando las fechas de partida, y luego asimismo en el punto de cumplimiento, encargándose a los capitanes generales de las islas el alojamiento de los reos en parajes con la suficiente salubridad⁷⁷³. Bajo otras miras, con toda lógica, las atisbadas posibilidades de destino, en cuanto a los trabajos u ocupaciones que se aprestaban para los deportados, debían hallar su reflejo en punto del alojamiento a éstos prescrito: lo que sin discusión nos consta es la política de dispersión tras el desembarco, a destacamentos militares o de trabajo, a hospitales como sirvientes, a los recintos penitenciarios (v. gr., en Cuba, el fortín del Morro y la Nueva Cárcel), ahora que, una vez delineado su reparto en cobertura de las varias necesidades⁷⁷⁴, la documentación disponible deja entrever que, fuera de las salidas para trabajar en diferentes obras, permanecían presos de asiento en la fortaleza, aunque no falten algunos permisos individuales de pernocta⁷⁷⁵.

Lo anterior nos conduce por sus pasos contados hasta el régimen de vida guardado en sus respectivos destinos –Cuba, Puerto Rico, Filipinas y hasta Canarias⁷⁷⁶– por los deportados. Sin haber, por supuesto, reglas fijas en lo que carecía de todo sistema, resulta del mayor interés, empero, algún que otro intento de uniformar criterios en cuanto a la existencia que se les preparaba a carlistas, cantonalistas y otros desafectos en las posesiones ultramarinas: Navarro García hace hincapié en el presupuesto de venir atribuida, “[...] a sus capitanes generales la facultad de distribuir a los carlistas como juzgasen más idóneo entre los reemplazos del ejército y marina, las colonias agrícolas que se estaban fomentando en Cuba, o los pueblos donde se dedicarían a la agricultura o al ejercicio de sus profesiones bajo la vigilancia de las autoridades locales”, y “quedaban autorizados para darles otro destino o permitir que se empleasen en el ejercicio de trabajos particulares u oficios siempre que pudiera conciliarse su utilidad con el fomento de la isla”, incluso “a destinar a los carlistas de mayor edad a trabajos militares y obras públicas en la Península, así como a otros que por circunstancias particulares considerase más útiles aquí que en

773 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 151-152.

774 Cfr. nota IV/777.

775 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 162, 166.

776 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 167, 201 o 203.

las colonias”⁷⁷⁷, lo que da una viva idea de la holgura con la que podía dotarse de contenido, llegado el momento de ejecutarla, cada concreta deportación. Amplía el mismo autor algunos factores significativos en orden a la asignación de destino final: la gravedad del delito, la actitud del condenado, su edad y su fortaleza física, mas también su categoría político-económica, sus relaciones familiares y sociales⁷⁷⁸. No obstante, pese al encuadre de algunos deportados en servicios selectos⁷⁷⁹, parece lo cierto que la propia coyuntura económica de aquella Cuba abocó a su generalizada utilización como mano de obra barata en trabajos forzados para unas obras públicas en expansión; y por el estilo debieron de discurrir las deportaciones portorriqueñas y filipinas⁷⁸⁰. Del preproyecto de 1845 proviene la consignación, siquiera *in fieri*, de dos de las funciones o inferencias del principio de legalidad, la garantía jurisdiccional y la de ejecución:

No podrá ejecutarse pena alguna impuesta por un tribunal, sino a virtud de sentencia ejecutoria⁷⁸¹.

Ninguna pena será ejecutada sino en la manera prescrita por la Ley sin que pueda ser agravada con accidentes o circunstancias no determinadas por las mismas [*sic*]⁷⁸².

De ahí pasan al Código resultante para alojarse definitivamente en el ordenamiento penal español:

No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada⁷⁸³.

Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto⁷⁸⁴.

777 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 150, 151.

778 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 154, 167-168.

779 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, p. 186: por ejemplo, en ocasiones “es posible que los carlistas llegados a Puerto Rico fuesen utilizados como asistentes por autoridades militares y municipales de la capital como se desprende de algunas solicitudes presentadas al capitán general en este sentido”, aunque ello no introduce estorbo para suponer que “en Puerto Rico también debieron utilizarse los presos, y desde luego los deportados, como mano de obra barata en las obras públicas del gobierno insular” (*ibidem*, p. 156).

780 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 154-156, 186.

781 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 555 (art. 41).

782 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 555 (art. 42).

783 Art. 86 CP 1848 y CP 1850.

784 Art. 87, párr. 1º y 2º, CP 1848 y CP 1850; art. 100, párr. 1º, CP 1870.

Únicamente, a partir de 1870 la sentencia ejecutoriada se dice sentencia firme⁷⁸⁵; en 1928 se combina una fórmula común, pero coincidente⁷⁸⁶, más la garantía o encomienda judicial en cuya virtud “los Tribunales velarán por la estricta observancia de las reglas establecidas en este Código para el cumplimiento de las penas”⁷⁸⁷; en tanto que desde 1932, “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos”⁷⁸⁸. Como muy bien observa Pacheco, esta materia “[...] es un principio del código de procedimientos”, aunque parece plausible que “[...] el Código penal, se apresurase a consagrar una máxima, que no siempre se ha tenido presente en la historia de los tribunales”⁷⁸⁹, y, en última instancia, “sólo los reglamentos del poder ejecutivo serán los que determinen y perfeccionen semejante obra”. Con todo y con ello, todavía no desarraiga de sí el convencimiento de que “[...] la prohibición de la ley no quiere decir ni que se condenen ciertas prácticas, no mencionadas, pero no prohibidas por ella, ni tampoco que, en casos de peligro, dejen de adoptarse las seguridades concernientes a fin de que las sentencias reciban su plena ejecución”⁷⁹⁰; cuya tesis podría ejemplificarse en el terreno de la deportación con el caso de que, teniendo conocimiento la autoridad isleña de un proyectado desembarco para rescatar a algunos de los deportados bajo su jurisdicción, pusiera a éstos a buen recaudo, en un encierro provisional hasta conjurar dicho riesgo de ayuda externa a la evasión (no deportado, sino confinado, tal fue el medio de poner fin a su pena con que contó Unamuno, represaliado por el Directorio del general Primo de Rivera⁷⁹¹).

Apenas se ha allegado una porción de preceptos sobre la puesta a disposición de la autoridad, sobre los traslados, prolegómenos, en cualquier caso, del cumplimiento de la condena, y aun esto, muy diseminado o en nor-

785 Art. 99 CP 1870; art. 84 CP 1932; arts. 80 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

786 Art. 165, párr. 1º, CP 1928: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme, ni en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto”.

787 Art. 165, párr. 2º, CP 1928. Anota CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCP 1939], p. 11, que de aquí bebe directamente el art. 94 PCP 1939.

788 Art. 85 CP 1932; arts. 81 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

789 PACHECO, *El Código...*, p. 431 (cotéjese, como precedente o concordancia, con las *Partidas*, VII.31.7).

790 PACHECO, *El Código...*, p. 432.

791 Cfr. nota I/2.

mativa inespecífica. Todo cuanto tiene que ver con la ejecución efectiva de esta pena parece interesar poco al legislador; en cuanto al gobernante, a la Administración, nada más que para defraudar su sentido penológico, ora en las masivas deportaciones más o menos a cubierto mediante ley de excepción, ora en las disposiciones reglamentarias que la única relegación que organizan es ésa que nos sorprende reconvertida en pena de presidio a despecho de la ley, si no es el servicio de armas el expediente ejecutivo que la *contamina*. Tenemos el principio general de ejecución con arreglo a la ley y a los reglamentos; aquélla dice poco, únicamente –como corresponde– marca sus líneas maestras, lo que define la pena, pero éstos suelen decir menos y, cuando lo hacen, es sólo para traicionar tal esencia, el contenido substancial que la particulariza.

7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos

Como respuesta jurídica, tras el quebrantamiento o la infracción penal en cuanto incidente ejecutivo lo que aguarda es “[...] una forma legal de pena hasta cierto punto típica. Su duración y su materia, no arrancan del hecho que la origina, del delito penable, sino de otras precedencias”, ante las cuales “[...] el legislador se propone prevenir indirectamente por intimidación”⁷⁹². La regulación de tales incidencias por el ordenamiento penal del Antiguo Régimen es compendiada por los coautores del *Febrero* haciendo reseña de algunas leyes de las Partidas o la Novísima que aparejaban al quebrantador penas arbitrarias⁷⁹³. En particular para la que ahora se estudia,

Todo home que fuere desterrado por sentencia del rey que sea en alguna isla por tiempo cierto, ó que es echado de tierra, si saliere de la isla ante de aquel tiempo que señalaron, ó entrare en la tierra sin mandado del rey, débenle doblar aquel tiempo que quebrantó, pasando mandado del rey su señor. Et si por aventura fuese dada la sentencia contra él que fuese desterrado para siempre et non para tiempo cierto, estonce el que fuere desobediente saliendo de la isla ó entrando en la tierra sin mandado del rey, debe morir por ende⁷⁹⁴.

792 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 532-533.

793 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 197. Váyase a *Partidas*, VII.29.13 y NRLE, XII.32.11.

794 *Partidas*, VII.31.10. En 1613, FRANCISCO DE LA PRADILLA, *Suma de las leyes*

No obstante, el Derecho penal efectivo que comienza el siglo XIX –y discurre por gran parte de él– solapándose con iniciativas traídas a impulso de las nuevas sensibilidades científico-ideológicas, en un relevo espinoso, no es ya en muchos casos (y singularmente en materia de penalidad) el que consignan las fuentes.

A] El Código de 1822

Residente la nuclear aflicción de la pena en el factor confinatorio, no deja de precaver el Código de 1822 los supuestos de fuga del deportado, con las pertinentes recargas de pena en conformidad con el principio de gradación que tanto dio que debatir durante las sesiones de discusión del proyecto presentado a las Cortes por la Comisión⁷⁹⁵. A pesar de algún parecer discrepante con el castigo del quebrantamiento⁷⁹⁶, la regulación de 1822 se manifiesta en extremo puntillosa ante esta materia. Distingue en ello tres casos: la simple fuga, la fuga con comisión de nuevo delito, subdividida a efectos punitivos en otros tres tramos según la gravedad de la pena ameritada por la nueva infracción, y la reincidencia, remitida ésta al concepto y las disposiciones que para su represión conforman capítulo específico. No obstante, preciso es dejar constancia de que no es ésta de las cuestiones que llegaron a la gaceta oficial tal cual fueron pensadas; antes

penales, f. 76r, nos transmite un tercer supuesto: “[...] el desterrado deue cumplir el tiempo señadado, sin lo quebrantar, por que si hiziere lo contrario, y fuere conuencido, incurre en pena de estar doblado tiempo desterrado de lo que le falta [...]. Si fuere el destierro por diez años y lo quebrantare, se haze perpetuo, y si fuere perpetuo, y lo quebrantare, incurre en pena de muerte”. Del Derecho penal romano nos dan razón MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 418-419, o FERRINI, *Diritto...*, p. 157: siempre *il grado di pena immediatamente superiore*; véase, con mayor extensión, NICOLAO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 231-238.

⁷⁹⁵ V. gr., *DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, pp. 1382-1389, o nº 89, ses. 22-XII-1821, pp. 1408-1412.

⁷⁹⁶ Por boca del diputado Ramonet, en *DSC 1821-1822*, t. II, nº 61, ses. 24-XI-1821, p. 945, “[...] al fugado se le castiga por el solo hecho de fugarse; y en ello creo que se han olvidado [...] las relaciones del hombre con la naturaleza y los estímulos con que ésta le mueve á obrar”; por eso, “tóquese á rebato enhorabuena al momento de fugarse alguno: que se le persiga por todos sin excepcion hasta prenderlo como á lobo hambriento ó perro rabioso: que se le hiera ó mate si hace resistencia con arma de fuego ó con blanca con ventaja; pero que no se le castigue por el simple hecho de haber cedido á los estímulos de su principio primordial de conservación” (*ibidem*, p. 949); este mismo orador volverá a la carga con tales argumentos en posteriores intervenciones (v. gr., *DSC 1821-1822*, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1386).

bien, las consecuencias de una huida que troncha el normal delineamiento de la confinación a perpetuidad resultaron bastante modificadas, mas no al hilo de los debates parlamentarios, sino en el seno de la comisión, sobre el Proyecto publicado y a la vista de los informes que, a petición propia, le fueron remitidos por instituciones y particulares de todo el país; la propuesta inicial decía así:

El que sentenciado á deportacion, y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare antes ó despues de llegar á su destino, será condenado á trabajos perpétuos si se le aprehendiere, sin necesidad de más proceso ni juicio que el mero reconocimiento ó la justificacion de la identidad de la persona.

Si despues de la fuga cometiere otro delito á que esté señalada pena corporal ó de infamia, sufrirá irremisiblemente la de muerte, sin más que el reconocimiento ó justificacion expresada⁷⁹⁷.

Con la agilidad precisa para presentarlas antes de entrar en la discusión del articulado se introdujeron en ella las “Variaciones que en el proyecto de Código penal propone la comision que lo ha formado”⁷⁹⁸, quedando entonces el tema de la fuga del deportado de la manera en que debía someterse a la aprobación de la cámara:

El que sentenciado á deportacion, y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare antes ó despues de llegar á su destino, será condenado, si se le aprehendiere, á las obras ó trabajos mas penosos que haya en el lugar de la deportacion por cuatro meses á un año, sin necesidad de mas proceso ni diligencia que el mero reconocimiento ó justificacion de la identidad de la persona.

Si despues de la fuga cometiere otro delito de pena corporal o de infamia, que no pase de doce años de obras públicas, será condenado á la deportacion, y no podrá obtener nunca en ella los derechos civiles, ni empleo ni cargo alguno, además de sufrir la pena de la fuga. Si el nuevo delito mereciere más de doce años de obras públicas, y menos de trabajos perpétuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpétuos, se impondrá al reo la de muerte, sin que en ninguno de estos casos deba haber más que un juicio sumario con arreglo al Código de procedimientos⁷⁹⁹.

797 Art. 52 PCP 1821.

798 Se fundaron estas “Variaciones...”, p. 551, en que “la comision del Código penal ha visto con mucha satisfaccion suya los informes que acerca del proyecto que tiene presentado á las Córtes han dirigido á la Secretaría de las mismas [...]. La comisión, con presencia de los informes expresados, ha vuelto á reconocer su proyecto de Código, y conforme á lo que asimismo ofreció, ha hecho en él varias reformas, que somete á la deliberacion de las Córtes, deseosa únicamente de manifestar sus deseos de acierto”.

799 Rehechura del art. 52 PCP 1821 según las “Variaciones...”, p. 552.

Al llegar a este precepto, es lo cierto que se suspendió su discusión a propuesta de Calatrava⁸⁰⁰, pasando adelante hasta el nuevo dictamen que, en curso los debates, presenta la comisión y aprueba el Congreso con las “Reformas que la comisión del Código penal propone en los artículos del título preliminar que le han sido devueltos ó han quedado suspendidos en la discusión, ó en que ha adoptado algunas de las adiciones hechas por los señores Diputados” y con las “Adiciones que en el mismo título preliminar propone la comisión para evitar algunas dudas”⁸⁰¹; de dicha revisión salen ya el contenido y el tenor definitivos:

El que sentenciado á deportacion, y habiéndosele notificado la sentencia que cause ejecutoria, se fugare antes ó despues de llegar á su destino, será condenado, si se le aprehendiere, á las obras ó trabajos mas penosos que haya en el lugar de la deportacion por cuatro meses á un año, sin necesidad de mas proceso ni diligencia que el mero reconocimiento ó justificacion de la identidad de la persona. Si despues de la fuga cometiere otro delito de pena corporal, que no pase de doce años de obras públicas, ni sea caso de reincidencia, se le condenará otra vez á la deportacion, y ademas de sufrir en ella la pena de la fuga, se le destinará á los trabajos mas graves del establecimiento, con proporcion á la pena del nuevo delito, y por todo el tiempo de la misma. Si el nuevo delito mereciere mas de doce años de obras públicas y menos de trabajos perpetuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpetuos, se impondrá al reo la de muerte; pero en caso de reincidencia se procederá con arreglo al capítulo quinto de este título⁸⁰².

Una pequeña controversia desató el punto del *mero reconocimiento o justificación de la identidad de la persona*, temeroso algún diputado de la indefensión en que pudiera verse el reo huido. Calatrava, como siempre, acude solícito a tranquilizar suspicacias: la consigna es, por supuesto, la de no volver a entrar en nada que tenga que ver con los hechos de su condena, pero tampoco enredarse, no habiendo comportado otro delito, con las circunstancias de esta fuga, de tal suerte que huelga desarrollar un nuevo juicio

800 DSC 1821-1822, t. II, nº 88, ses. 21-XII-1821, p. 1391: “a propuesta del Sr. Calatrava se suspendió la discusión del art. 52, que presentaba la comisión en las variaciones reformado en parte”.

801 DSC 1821-1822, t. III, nº 111, ses. 14-I-1822, pp. 1800-1802.

802 Art. 51 CP 1822. En otro orden de cosas, aunque concomitante con la incidencia del quebrantamiento, los artículos 350 a 357 CP 1822 (o 354 a 361 PCP 1821) abordan la responsabilidad “de los alcaides ó encargados responsables de la fuga; y de los que cooperan ó auxilian á ella”. Consúltese, en el Derecho antiguo, pero perviviente antes y después del corpus liberal, la legislación de las *Partidas*, VII.29.14.

con trámites estériles e impertinentes a los efectos de un interés u objeto que no es otro que el de reconocer al fugado⁸⁰³.

La política penal contra la reincidencia que en dicho capítulo se comprende apresta trabajos perpetuos para el deportado reincidente⁸⁰⁴, es decir aquél que dentro de un término de seis años tras alcanzar un indulto particular comete otra infracción penal comprendida en el mismo título que la que le procuró su deportación⁸⁰⁵. Además y con referencia a estas últimas cláusulas, “el que habiendo sido condenado judicialmente por algun delito ó culpa, cometa otro ú otra, por diferente que sea, dentro de los términos respectivamente espresados [...], tendrá contra sí por esta razon una circunstancia agravante del segundo delito”⁸⁰⁶.

B] Los Proyectos del primer tercio del siglo XIX

El quebrantamiento de la restricción territorial o de movimientos, de la deportación, sólo viene abordado por el Proyecto de 1830 en referencia a la prisión, pero con una doctrina morigerada y trasladable sin chirrido a la contingencia del deportado fugitivo:

La simple fuga sin quebrantamiento de rejas, paredes, puertas o ventanas, y sin violencia ni daño, no será castigada; pero si interviniese cualquiera de aquellas circunstancias, se impondrán al que la intente o ejecute, las penas señaladas por la ley al nuevo delito cometido⁸⁰⁷.

803 “El objeto de poner que no haya más que el reconocimiento de la identidad de la persona, ha sido porque no se crea que para ello es necesario un juicio formal, pues nada habria más excusado y aun ridículo que esto. Aquí se trata solo del reo que no ha hecho más que fugarse [...], no del que ha cometido un nuevo delito despues de su fuga; y por consiguiente, no se necesita averiguar más [...]” (*DSC 1821-1822*, t. II, n° 87, ses. 20-XII-1821, p. 1378).

804 Art. 119 CP 1822, el 121 PCP 1821. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 272.

805 Arts. 116 y 117 CP 1822, 118 y 119 PCP 1821 (léase en GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, p. 91, la glosa a esta regulación trienal).

806 Arts. 121 CP 1822. Se corresponde con el 123 PCP, que incluía un desechado 124 de este tenor: “El que hallándose sufriendo una condena por algun delito ó culpa cometa otro ú otra por más diferente que sea, será castigado con el máximo de la pena señalada á la culpa ó delito que cometiére, la cual se podrá aumentar hasta una tercera parte más”. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 272.

807 Art. 404 PCC 1830; revítese su art. 206.

Asimismo hubieran resultado asaz oportunas las pautas procedimentales que, para la fuga en tránsito del confinado, ofrece este Proyecto: se trata de los avisos que entre las diferentes autoridades implicadas en la conducción deberían cruzarse ante la contingencia: se estudiarán, por fidelidad al plan codificado, en el epígrafe dispuesto para el confinamiento. Luego, se limita a ofrecer unas reglas generales, atentas a los tipos y no, como en 1822, a la penalidad, con las que dar respuesta al fenómeno de la reincidencia⁸⁰⁸. Globalmente, tal es en uno y otro punto la regulación que conserva el Proyecto penal de 1834⁸⁰⁹, aunque con el añadido de su atención a la reincidencia en los cuasidelitos o acciones ejecutadas sin ánimo de hacer mal pero que causan daño a otro⁸¹⁰, y llevando también a sus disposiciones generales la máxima según la cual afrontar el quebrantamiento (con buen criterio, mas sin ahorrarse los redundantes preceptos para arresto y prisión):

La fuga simple y sin violencia ni engaño no está sujeta a pena en el fugado, sino en el guardador y encargado de su custodia⁸¹¹.

Pero si fuere acompañada de violencia o fractura de cerraduras, paredes o rejas, se tendrá presente al tiempo del fallo de la causa principal para imponerle la pena que por este delito se señala por la ley⁸¹².

En los trabajos preparatorios de Sainz de Andino, el tratamiento recibido por quebrantamiento y reincidencia no puede calificarse sino de prolijísimo y hasta enojoso: más de una treintena de preceptos suman entrambos apartados. Por lo que aquí interesa:

808 Art. 38 PCC 1830: “La reincidencia en un mismo delito se calificará con un grado mayor de malicia que el que se consideró en la primera perpetración”. Art. 39 PCC 1830: “El que castigado como reincidente cometiere de nuevo el mismo delito, será castigado con el grado máximo de malicia”. Art. 45 PCC 1830: “La reincidencia en un mismo delito se castigará con una tercera parte más de pena en la duración de tiempo o en su cantidad de la que fue impuesta al delincuente por el primero, a excepción de aquellos delitos en que la ley determina otra pena por la reincidencia”. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 274.

809 Art. 495, sobre la fuga, y 33, 34 y 62, para el reincidente, PCC 1834.

810 Art. 40 PCC 1834: “La reincidencia por segunda vez en un cuasidelito se considerará en el grado ínfimo de malicia”. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 288.

811 Art. 80 PCC 1834; véyase al art. 216.

812 Art. 81 PCC 1834; consúltese su art. 301.

El reo condenado a la deportación que se fugare, se incapacitará para el beneficio que establece el artículo 1158 y sufrirá en el lugar donde estuviere deportado cuatro años de reclusión u obras públicas.

Si hubiere cometido durante su fuga, delito de pena corporal se le condenará a trabajos perpetuos, si por éste no hubiere incurrido en pena de muerte⁸¹³.

Pero si el nuevo delito fuese perpetrado, no durante la fuga, sino en el curso de condena ininterrumpida, habría de estarse a las reglas especiales de la reincidencia o de la más amplia reiteración delictiva si dentro de tales instituciones cupiere subsumirlo. Ha comenzado el jurisconsulto andaluz por definir en su Proyecto la reincidencia bien como la perpetración de otro delito del mismo género –mismo título o sección del Código– que aquél por el que haya sido condenado un reo, bien como la repetición del mismo delito –misma ley o artículo– por el acusado antes de llevarse a efecto el primer juicio⁸¹⁴. A seguida:

Las penas de la reincidencia en el que hubiere sido condenado por el primer delito a pena corporal perpetua serán [...] la de trabajos perpetuos y violentos, si por el primer delito se hubiere impuesto la de deportación bien sola o bien acompañada de otra pena corporal⁸¹⁵.

Cuando la perpetración de un segundo delito por una misma persona no tenga la calidad de reincidencia, se considerará el primer delito como circunstancia agravante para graduar la pena del segundo⁸¹⁶.

813 Art. 1145 PCC 1831. El art. 505 PCC 1831 prevé la fuga del preso al que se le fuese a imponer pena perpetua de extrañamiento y quebrantare por medios violentos, “aplicándose la de trabajos perpetuos en lugar de la de deportación”. Además, “en la fuga de los reos sentenciados irrevocablemente se impondrá a los que le hubieren facilitado y protegido la mitad de la pena corporal que hubiera de cumplir el reo prófugo, si ésta fuese por tiempo indeterminado; y si fuese perpetua, la de dos a seis años de trabajos públicos en presidios y arsenales, según la calidad de la pena” (art. 497, párr. 1º, PCC 1831); no condenado aún, “en el caso de ser perpetua la pena que se pronuncie contra el prófugo, los empleados que hubiesen favorecido o permitido su evasión, serán condenados a la reclusión por tiempo de seis años, si la pena fuera de extrañamiento del reino; de ocho si fuese la de deportación [...]” (art. 487 PCC 1831).

814 Arts. 1122 y 1123 PCC 1831.

815 Art. 1124, párr. 3º, PCC 1831. Véase ORTEGO GIL, “De la literatura...”, p. 278.

816 Art. 1141 PCC 1831 (y repásense las reglas para graduarlo en el 1142 PCC 1831).

Hay, entonces, un salto a la pena superior si el delito es análogo o, si no, una agravación recorriendo los grados del castigo prescrito a la infracción sobrevenida.

C] El Código de 1848

El siguiente alto en el seguimiento del *iter* codificador hemos de hacerlo ante el corpus *in fieri* de 1845:

El relegado que quebrantare esa condena sufrirá la pena de prisión de 2º grado en el punto de la relegación⁸¹⁷.

Esta reparación que se le prescribe es pena, undécima de las admonitorias, que “[...] no podrá bajar de 4 años ni exceder de 12⁸¹⁸; a pesar de lo perspicuo del alcance legalmente deducido, no se olvide que esto está pensado para la relegación a perpetuidad, porque aún no se ha adoptado una modalidad temporal que llegará a las pocas sesiones... La reincidencia cuenta aquí como una de las circunstancias agravantes: *la de haber sido uno castigado por otro delito o falta aunque sea de distinta naturaleza*”⁸¹⁹. Notician Castro y Ortiz de Zúñiga, escoliastas del corpus de 1848, la corrección administrativa mediante recargo proporcional, hasta entonces en uso, de los quebrantamientos de sentencia: “no parece legal que despues de la publicacion de este código, en que se castigan con verdaderas y mayores penas dichas fugas ó quebrantamientos de condena, se continúen corrigiendo gubernativamente actos semejantes. Las penas para ser tales necesitan solemnidades jurídicas, y repugna á primera vista á la razon que por vias gubernativas se imponga reclusion perpetua al relegado, relegacion al extrañado, y otras condenas no menos graves”⁸²⁰. Por el contrario, Gómez de la Serna y Montalbán no creen

817 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622 (véase *ibidem*, ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048).

818 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45); y ses. 31-X-1844, a. 13, p. 568 (art. 69, párr. 2º).

819 ACGCP, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 614; una redacción anterior, *ibidem*, ses. 14-XI-1844, a. 17, p. 601, había descrito “la de haber sido uno penado por delito de igual o mayor categoría”. Véanse *ibidem*, ses. 19-X-1844, a. 8, p. 530-531; ses. 14-XI-1844, a. 17, pp. 598-601; ses. 20-XI-1844, a. 19, pp. 611-614; y ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048.

820 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 242. Véanse arts. 323 a 354 OGPR 1834.

“[...] que esto deba ser objeto de una ley penal aplicable por los tribunales: en los reglamentos interiores de los establecimientos penitenciarios convendría dejar á las autoridades administrativas la latitud necesaria para adoptar los medios que al efecto se creyeran mas adecuados”⁸²¹, tesis ya sustentada dentro de la comisión redactora, sin éxito, por Vizmanos y Álvarez Martínez⁸²². Para Saldaña, se da carta de naturaleza a *penas sin delito* con haber *agravación de pena y corrección por quebrantamiento de condena, no definidas en el libro II como delito*⁸²³. El dicho Código de 1848, en su relación *De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias*, señala que, dado el caso,

El relegado perpetuamente será condenado á reclusion perpetua, la cual cumplirá en el mismo punto de la relegacion⁸²⁴.

Los sentenciados á extrañamiento ó relegacion temporales serán condenados á prision correccional, y cumplida esta condena, extinguirán la anterior.

Los relegados sufrirán la prision en el punto de la relegacion⁸²⁵.

Ante tales reglas, Pacheco se plantea y nos plantea, de entrada, una cuestión ontológica: “¿debe, por ventura, incurrir en alguna pena, generalmente hablando, el que quebranta la sentencia que se le impuso?”, respondiendo que, sin desconocer las conveniencias de que así sea, a la verdad, “no cabe penalidad donde no hay moralmente delito: no hay delito donde se ha obrado con derecho, o por lo menos en virtud de un estímulo irresistible, de un estímulo natural al hombre, y que las leyes deben respetar”⁸²⁶. Este punto de vista ha informado tradicionalmente el tratamiento legal y jurisprudencial ante el preso con causa pendiente que consuma la huida, si bien la cesura entre tal supuesto y el de evasión del sentenciado puede resultar muy sutil, únicamente significada *por la alarma que produce la fuga de quien ya fue declarado criminal y por el desprecio á la dignidad de la sentencia*⁸²⁷, pero con el concurso justificativo del mismo *impulso irresistible*. Postula entonces Pacheco comedir las consecuencias de la fuga no más que a *algún aumento*

821 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 189-190.

822 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 384-386.

823 SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, p. 469.

824 Art. 124.3^a CP 1848 y CP 1850.

825 Art. 124.6^a CP 1848 y CP 1850.

826 PACHECO, *El Código...*, p. 481.

827 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 198.

de mal, “pero esta materia sólo correspondía en nuestro juicio a los reglamentos de los institutos penales; y su aplicación sólo debería ser administrativa y no judicial. Nada de recargos en el tiempo; nada de lo que constituya nuevas penas; nada de lo que, en buenos principios, sólo podrán decretar los tribunales”⁸²⁸, con lo cual viene a salir en defensa del estatus vigente que nos han contado Castro y Zúñiga. Para éstos, por cuanto el artículo contiene numerosos supuestos, “son [...] necesarias aclaraciones para los diversos casos en él expresados, de los cuales en unos podrá aplicarse gubernativamente con provecho público el recargo ó mayor sufrimiento prevenido; y en otros será preciso que recaiga una nueva sentencia del tribunal de justicia”: mayor casuismo, pues, en pro del reo, pero no menos de la causa pública, siempre beneficiada por toda delimitación competencial⁸²⁹. Con estas mismas consideraciones y a despecho del principio proclamado, llegando Pacheco ante la relegación perpetua, “he aquí un caso en que nosotros aprobamos que se castigue el quebrantamiento de la condena o sentencia. Lo aprobamos, por regla general, cuando el reo no está encerrado, no está preso. Entonces, la sociedad no le guarda, aunque le vigile. Le ha llevado a un punto, como pena, y le ha dejado en libertad en él. Si abusa de esa libertad, si se escapa de allí, será menester encerrarlo. No puede ella culparse, ni culpar a sus dependientes de esa necesidad dolorosa. No le encierra por agravar su penalidad, sino porque no tiene otro medio de hacer que se cumpla la que le impuso”⁸³⁰; dicho a la manera de Vicente y Caravantes, “[...] su quebrantamiento, mas bien que en falta de vigilancia de las autoridades, consiste en desobediencia por parte de los penados”⁸³¹. Pacheco –y con él la generalidad de comentaristas–, exceptuando su propia convicción, ha venido a aprobar, únicamente para las meras restricciones de libertad, la solución codificada, mas sólo en un plano teórico, pues no deja de criticar su desarrollo concreto en la penalidad resultante, toda vez que “[...] el recurso a que se acude en este caso nos parece demasiado grave. Entre la relegación perpetua y la reclusión perpetua, juzgamos que podría haberse encontrado un medio”⁸³². Tal es el parecer de La Serna y Montalbán, quienes recorren idéntico itinerario: regla general, salvedad deportatoria y

828 PACHECO, *El Código...*, p. 482.

829 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 242-243.

830 PACHECO, *El Código...*, p. 485.

831 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 264.

832 PACHECO, *El Código...*, p. 485.

rigor excesivo en la admitida punición de estos evadidos⁸³³, con penas que no dejan de encontrar *sobrado duras* a su vez Goyena y Aguirre⁸³⁴ o Vicente y Caravantes, que recomienda traer acá cuantas circunstancias atenuantes puedan obrar su eficacia⁸³⁵. Ya, disconformes con lo que les había impuesto la mayoría de compañeros en la comisión, protestaban Tomás Vizmanos y Cirilo Álvarez que “[...] la evasión del relegado no nos parece suficiente causa ó delito para condenarle á reclusion perpetua, si cada pena es lo que debe segun el código, y si no ha de faltarse á los principios”⁸³⁶. Por último, ninguna salvedad requiere la modalidad temporal, “[...] severa tambien en demasía” para La Serna y Montalbán⁸³⁷, sólo un tanto excesiva para otros⁸³⁸: con las objeciones de la perpetua, éstos y Pacheco la quisieran tratada por igual, simplemente “[...] guardando en todo caso la proporción descendente de lo perpetuo a lo temporal”⁸³⁹. La edición del Código Penal retocada en 1850 en nada afectó a este capítulo.

Ocupándose el articulado original de 1848, acto seguido, *De las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo*, antes de conocer sus previsiones, preciso es decir que, en el comentario doctrinal, éstas no son sino la concreción para el penado de una previa inclusión entre las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal de dos aquí interesantes: la de *haber sido castigado el culpable anteriormente por delito á que la ley señale igual ó mayor pena* y la de *ser reincidente de delito de la misma especie*⁸⁴⁰, de las cuales estas penas para quienes durante su condena delinquen de nuevo “son notables [...] excepciones, por su justa severidad”⁸⁴¹. A su filosofía político-criminal opone Pacheco que “la comisión de un delito

833 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 190-191.

834 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 198.

835 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, pp. 264, 266.

836 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 391.

837 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 192.

838 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 393; VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 266; CÁRDENAS, “Memoria...”, p. 180.

839 PACHECO, *El Código...*, p. 488.

840 Art. 10.17^a y 18^a CP 1848 y CP 1850. Acotan sintéticamente la materia GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 199; VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 268; Joaquín GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, “Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código Penal”, *RGLJ* 136 (1920), pp. 350-354.

841 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 97 (por igual, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 195).

heterogéneo [...] no nos parece que debería merecer tal consideración ni a los tribunales ni a los legisladores”⁸⁴²; a Vizmanos y Álvarez Martínez lo que les perturba es la quiebra de la regla legal por la que la concurrencia de agravantes no tendría que saldarse con castigo superior al grado máximo de la pena prescrita en el tipo⁸⁴³. Pues bien, “acatándolo porque es ley” y “teniendo ahora presente aquella doctrina, y descendiendo ya a las particularidades de la práctica, van a fijarse en estas reglas los distintos procederes a que estima la ley que han de dar lugar los diversos casos de reincidencia que son posibles”⁸⁴⁴:

Los que despues de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algun delito ó falta durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliéndola, ó bien habiéndola quebrantado, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:

[...]

2^a. Al sentenciado á reclusion ó relegacion perpetuas, que cometiere delito á que la ley señale pena de cadena perpetua, se impondrá esta en la forma que se prescribe en el apartado segundo de la regla anterior.

[Si cometiere delito á que la ley señale otra pena menor, cumplirá su primitiva condena, haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, y destinándole á los trabajos más penosos.]

Si cometiere delito á que la ley señale pena de reclusion ó relegacion perpetuas, se le impondrá la pena de cadena perpetua⁸⁴⁵.

“Nosotros [...] siempre creimos, y opinamos tambien ahora, que nunca debe saltarse de unas á otras escalas para agravar la penalidad de los delitos correspondientes á una misma clase”⁸⁴⁶: tal es la opinión que los comisionados Vizmanos y Álvarez Martínez no debieron de sacar adelante durante los trabajos codificadores; tampoco se muestra Pacheco inclinado a admitir ese tránsito de una escala de pena a otra, excepto “[...] cuando no se encuentre otro recurso, pero sólo en el límite en que se nos demuestre que es preciso”⁸⁴⁷ –declara Pacheco sin poder convencerse de que tal suceda con ese relegado

842 PACHECO, *El Código...*, p. 495 (complétese *ibidem*, pp. 252-253).

843 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 397: véase art. 74.6^a CP 1848 y CP 1850.

844 PACHECO, *El Código...*, pp. 252, 495.

845 Art. 125.1^a y 2^a CP 1848. La reforma penal obrada en CP 1850, aun tocando este precepto, no afecta a la materia ahora interesante.

846 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 402-403.

847 PACHECO, *El Código...*, pp. 497-498.

de por vida—. Por ello, a La Serna y Montalbán, uniendo su voz al *jurisconsulto que hemos citado*, les escandalizan “[...] esos rigores extraordinarios que se prescriben”⁸⁴⁸ y que confían en ver reformados *al tiempo de la revision del Código* —de cierto, no fue así—, esa “pena dura en demasía”, según a Goyena y Aguirre parece⁸⁴⁹... Vueltos al articulado, cuando se trate de una relegación temporal en cuyo cumplimiento sobrevenga nueva infracción,

[...] el sentenciado [...] será condenado en la pena señalada por la ley á la nueva falta ó delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el orden que en la sentencia prefije el Tribunal, de conformidad con las reglas prescritas [...] para el caso de imponerse varias penas á un mismo delincuente⁸⁵⁰.

Siempre siguiendo a Joaquín Francisco Pacheco, “ya aquí es necesario distinguir dos casos: o han cumplido, o no han cumplido la primera condena. Si la han cumplido se han de regir por las reglas comunes de las circunstancias agravantes [...]; si no la han cumplido [...] o no han comenzado todavía a cumplirla, o la están cumpliendo de hecho, entonces es el caso de

848 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 198.

849 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 200. Véase, de más a más, VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 270.

850 Art. 125.4^a CP 1848 y CP 1850. El art. 76 CP 1848 contiene tales reglas: “Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones. / El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las mas graves, ó sean las mas altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1^o y 2^o”, que son cabalmente las que agrupan la muerte y las privaciones de libertad: cadenas, presidios, reclusiones, prisiones y arresto mayor (art. 79). El mismo número, 76 CP 1850, siguió ocupándose de esta cuestión, aunque con algunas añadiduras introducidas: “Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, sin perjuicio en el primer caso de lo dispuesto en el párrafo 3^o del art. 2^o [sobre acudimiento al gobierno por el tribunal ante una penalidad notablemente excesiva]. / El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, ó si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las mas graves, ó sean las mas altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1^o y 2^o”.

esta regla⁸⁵¹, imponiéndose el máximo del nuevo castigo o lo que resulte del juego de circunstancias cuando a la vez se aprecie alguna atenuante.

D] El Código de 1870

En estos aspectos penológicos sigue siendo el Código de 1870 hijo del de 1848, por más que ya se aprecien variantes de mayor calado que en 1850, un texto que apenas las recibe en su rehechura. Sin abandonar el *tránsito* de escala denunciado por Pacheco, se persiste en la intimidación preventiva que se despliega “[...] exagerando la acción represiva, hasta ingertar á la pena originaria otra de mayor gravedad para la libertad del condenado”⁸⁵². El Proyecto de Gómez de la Serna comienza a introducir en esta materia reformas de peso que serán pulidas durante la fase de estudio consecutiva para cobrar vigencia en el inminente Código Penal. Al quebrantar su pena, sin discriminar entre la perpetua y la temporal:

Los sentenciados á relegacion ó á extrañamiento serán condenados á prison correccional, que deberán los relegados sufrir en el punto de la relegacion, si fuere posible, y si no lo fuere, en el mas inmediato [...]. Cumplidas estas condenas continuarán sufriendo las anteriores⁸⁵³.

Esto se convierte en 1870 en:

Los sentenciados á relegacion ó á extrañamiento serán condenados á prison correccional, que no podrá exceder de tres años, debiendo los relegados sufrirla en el punto de la relegacion si fuere posible, y en el más inmediato si no lo fuere [...]. / Cumplidas estas condenas, continuarán sufriendo las anteriores⁸⁵⁴.

851 PACHECO, *El Código...*, pp. 500-501.

852 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 533-534.

853 Art. 124.2^a PRCP 1869.

854 Art. 129.2^a CP 1870. Extracta jurisprudencia Marcelo MARTÍNEZ-ALCUBILLA BORONAT, *Código Penal de 8 de septiembre de 1928*, p. 96: “para que este delito exista es preciso ‘que el sentenciado, aparte evidenciar su voluntad de hacer ilusoria la sanción recaída sobre él, llegue á evadirse del lugar donde se encontrare sujeto á las disposiciones judiciales, sin que importe que sea aquél una cárcel de tránsito ó el sitio de un destierro definitivo’ (Sent. 10 Febrero 1926), sin que el hecho de volver el culpable espontáneamente á la prisión borre la infracción legal. (Sent. 22 Junio 1888 [...])”.

La variación, desde 1869, es puramente sintáctica, salvo el añadido de ese límite de tres años para el escarmiento privativo de libertad que recibe el fugado antes de recuperar el franco o abierto régimen de confinación vigilada que ha defraudado. Por el contrario, en comparación con 1848-1850 la benignidad resulta imponente: La Serna y Montalbán, sobre este punto, juzgan benéfica la reforma, por más que aboguen por la destipificación de los supuestos en que lo transgredido sea un encierro: “compárese esta pena con las que se imponían ántes en igual caso á los relegados y extrañados, que eran, la de reclusion perpétua de aquellos y la relegacion perpétua de éstos, cuando las penas que sufrían eran perpétuas; rigor excesivo en uno y otro caso”⁸⁵⁵. Viada y Vilaseca, conforme con el tránsito de escalas, sólo quisiera que se discriminara entre el quebrantamiento de la pena perpetua y el de la temporal⁸⁵⁶. Por lo demás, “el delito de quebrantamiento de condena es distinto é independiente de los que proceden las condenas que se hallen extinguiendo los procesados, segun lo tiene repetidamente declarado el Tribunal Supremo”⁸⁵⁷, como independientes son las penas, de manera “[...] que no es abonable á la primera condena de relegación ó extrañamiento el tiempo que dure la prisión correccional impuesta por dicho quebrantamiento”⁸⁵⁸. “De las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo” se ocupa capítulo de nuevo cuño en el Proyecto de 1869; valoran Gómez de la Serna y Montalbán las parcas mitigaciones de 1850, pero sin disimular los *vestigios del carácter de dureza* que en 1870 pedían aún una enmienda tan benigna como científica⁸⁵⁹. Y bien, el viraje dispositivo comienza en la propuesta de *parte general* que tuvo como ponente al propio La Serna: integrando su un tanto enrevesada formulación digamos que una prisión mayor (de seis años y un día a doce años) aguarda al relegado de por vida que incurra en otro delito al que corresponda pena perpetua, una prisión menor (de tres años y un día a seis años) cuando la pena correspondiente sea relegación o extrañamiento temporales, y una prisión correccional (de seis meses y un día a tres años) si ese nuevo delito le ha hecho acreedor a penas inferiores a las expresadas⁸⁶⁰,

855 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 170 (véase p. 168).

856 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 171.

857 PANTOJA, *Repertorio...*, apd. 1^o (1875/1876), p. 320.

858 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 172.

859 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 173.

860 Art. 125, párr. 2^o, 1^a y 2^a PRCP 1869, con el 26, párrs. 2^o, 4^o y 5^o, sobre duración de penas.

cumpléndose, en todo caso, *por el orden que en la sentencia se prefije*⁸⁶¹; y si tales reos “[...] ántes de los 24 años de cumplir sus respectivas condenas, no hubieren sufrido enteramente el recargo que la nueva sentencia les imponga, no gozarán de los beneficios [...] hasta que lo cumplan”⁸⁶², dejándolos por el momento indeterminados, como texto *in fieri* que es. Ya, simplemente, los sujetos a pena temporal

[...] que despues de notificarles la sentencia firme y ántes de cumplir la pena en su totalidad, cometieren algun delito ó falta serán castigados con la pena señalada por la ley á la nueva falta ó delito en su grado máximo⁸⁶³.

De ahí, al Código de 1870, que opta ya por una solución general del problema:

Los que cometieren algun delito ó falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada á cumplir, ó durante el tiempo de su condena, serán castigados con sujecion á las reglas siguientes:

1^a. Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito ó falta⁸⁶⁴.

La primera condena va a tenerse por circunstancia agravante del delito posterior⁸⁶⁵. Deberá entonces entrar en juego el criterio de cumplimiento simultáneo o, si no fuera factible, el de cumplimiento sucesivo según la escala *ad hoc*⁸⁶⁶. En fin, opera cierta disposición elogiada por La Serna y Montalbán como aporte más de piedad que de justicia:

El penado comprendido en este artículo será indultado á los setenta años si hubiere ya cumplido la condena primitiva, ó cuando llegare á cumplirla despues de la edad sobredicha, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias no fuere digno de la gracia⁸⁶⁷.

Por lo que concierne tanto al quebrantamiento como a la delincuencia

861 Art. 125, párr. 2^o, 4^a PRCP 1869.

862 Arts. 125, párr. 2^o, 3^a PRCP 1869.

863 Arts. 125, párr. 1^o, PRCP 1869.

864 Art. 131.1^a CP 1870.

865 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 174.

866 Arts. 88 y 89.1^a CP 1870.

867 Art. 131.3^a CP 1870; véase GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 174.

del rematado no cumplido, la regulación proveniente de 1848-1850 es la que accede al Código carlista⁸⁶⁸, mientras que la actualizada en 1870, la vigente, pasa a los subordenamientos de Cuba, Puerto Rico⁸⁶⁹ y las Filipinas⁸⁷⁰ y al Proyecto de 1880⁸⁷¹. El de 1882 se presentaba, en cambio, con una *radical propuesta*⁸⁷²—a decir del ministro—; ciertamente:

A los condenados á relegacion, extrañamiento ó destierro, se les aumentará el tiempo de duracion de la pena de diez dias á tres años, en la misma forma que establece la regla primera⁸⁷³.

A los condenados á inhabilitacion se les aumentará el tiempo de duracion de la pena de diez dias á tres años, en la forma que prescribe tambien la regla primera⁸⁷⁴.

Tal regla primera se ocupaba de las formalidades del recargo “[...] que fijará el tribunal sentenciador sin forma de juicio y con vista de los antecedentes é informes de la administración [...]”, y en lo que “[...] procederá segun su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la duracion de la pena y los medios y formas empleados para quebrantar la condena”⁸⁷⁵. Se dispone en este Proyecto de Manuel Alonso Martínez una específica circunstancia agravante de la responsabilidad *la de cometer el delito despues de sentencia firme no comenzada á cumplir, ó durante la condena, cuando no fuese caso de reincidencia*⁸⁷⁶. El texto silveliano de 1884 propone otro original tratamiento para estos problemas:

868 Arts. 124.3^a y 6^a CPC 1875, para el quebrantamiento, y 121.1^a, 2^o y 4^a, para la reiteración.

869 Arts. 127.2^a, 129.1^a y 3^a CPCPR 1879.

870 Arts. 127.2^a, 129.1^a y 3^a CPF 1884.

871 Arts. 126.2^a, 128.1^a y 3^a PRCP 1880.

872 DSCS, n^o 79, 11 de abril de 1882, apd. 1^o, p. 6: “[...] es radical la propuesta relativamente al quebrantamiento de condena, acto que pierde, como tal, el carácter de delito y se reduce á una falta disciplinaria, que pide correccion de cierta gravedad, pero no da margen á juicio penal, por falta de materia para el delito. Otra cosa es que los actos ejecutados para conseguir la evasion, por ejemplo, lo constituyan de por sí. Entonces, é independientemente de la correccion, que siempre se ha de imponer de una manera sumaria, vendrá el juicio penal sobre dichos actos”.

873 Art. 117.3^a PCP 1882.

874 Art. 117.4^a PCP 1882.

875 Art. 117.1^a PCP 1882.

876 Art. 19.16 PCP 1882; su antecedente en la lista de agravantes, 19.15, diseña la reincidencia.

El penado que quebrante la condena de privacion o restriccion de libertad, será castigado, además de las penas en que incurra por los actos con que ejecute el quebrantamiento, si éstos fueren constitutivos de delito, con un aumento en la duracion de la pena que esté sufriendo, que no podrá exceder de la tercera parte del tiempo por que le hubiere sido impuesta la pena quebrantada, al prudente arbitrio del tribunal.

Si la pena quebrantada fuere perpétua, no podrá gozar el beneficio establecido en el art. 46 [indulto a los treinta años de condena] sino á los cuarenta años⁸⁷⁷.

Referido al otro punto, el de la comision delictiva durante la ejecucion de una condena, se aparta Silvela de Alonso Martínez:

El penado que durante el cumplimiento de su condena delinca de nuevo, será considerado como reincidente y sujeto á las disposiciones del artículo 114, al ser juzgado por el nuevo delito⁸⁷⁸.

En caso de reincidencia se impondrá al reo la pena inmediatamente superior en grado á la marcada por la ley al delito ó falta cometido. Si fuere doblemente reincidente, los tribunales, á su prudente arbitrio, podrán aplicar, segun las circunstancias y el número de reincidencias, la pena superior en uno ó dos grados; pero en ningun caso podrá exceder la duracion de la pena impuesta, si fuere de privacion ó restriccion de libertad, del doble de la señalada al delito.

[...]

Para apreciar la reincidencia producirán el mismo efecto el delito consumado, el frustrado ó la tentativa y la conspiracion ó proposicion cuando sean punibles; pero no se estimarán los delitos cometidos por imprudencia ó negligencia⁸⁷⁹.

Luego, como consecuencia previsible de tal combinacion de disposiciones,

Si estando el reo sufriendo una pena fuere condenado á otra de mayor gravedad, cumplirá ésta hasta extinguirla, quedando mientras tanto en suspenso la continuacion del cumplimiento de aquella⁸⁸⁰.

Con insistencia en aquella *radical propuesta* de un lustro antes, las Bases de Código Penal del ministro Alonso Martínez reprimían los quebrantamientos de las privaciones de libertad sin aumento del tiempo en la pena,

877 Art. 117, párrs. 1º y 2º, PCP 1884.

878 Art. 116 PCP 1884.

879 Art. 114, párrs. 1º y 3º, PCP 1884.

880 Art. 73.3ª PCP 1884.

sino con recargo en el trabajo y endurecimiento de las condiciones de vida. Por el contrario, “[...] en las penas de extrañamiento, relegación y destierro producirá un aumento de condena que no bajará de quince días, ni excederá de dos años”⁸⁸¹; lo cual toma fundamento de aquella misma teorización con la que los comentaristas del Código del 48 habían hecho casuística de tal incidencia penitenciaria⁸⁸².

E] El Código de 1928

Bernaldo de Quirós, artífice intelectual del Proyecto *Montilla*, preconiza que “la reincidencia agrava la pena en todo caso”⁸⁸³. En el Anteproyecto *Saldaña*, “la honda preocupación legislativa, acerca de esta difícil situación de los que ‘quebrantan sentencias’ y los que ‘durante la condena delinquen de nuevo’ [...], redúcese a caso de replicación penal [...]; ya que se trata de delincuentes juzgados, que rehusando la pena determinada, piden urgentemente la fórmula de indeterminación”⁸⁸⁴, de tal forma que

El sentenciado que hubiere quebrantado su condena, sufrirá *la misma* pena que se le impuso, por tiempo indeterminado.

Los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada a cumplir, o durante el tiempo de la condena, serán castigados con la pena, o *penas* señaladas por la ley al nuevo delito o falta; en las de libertad y derechos, por tiempo indeterminado⁸⁸⁵.

Dispone el Código de 1928 de preceptos particularizados ante el quebrantamiento de cada una de sus penas o incluso medidas de seguridad, pero alojados en la parte especial de su Libro II; en concreto,

El sentenciado á la pena de deportación que la quebrantare será condenado á pena de prisión de uno á seis años, cumplida la cual seguirá extinguiendo la condena primitiva.

881 PLB 1887, b. 11^a, párr. 4^o.

882 V. gr., PACHECO, *El Código...*, p. 485; O GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 189-190.

883 Art. 32 PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 51 (además, art. 79, *ibidem*, pp. 54-55).

884 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 121.

885 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 124 (art. 107 ACP 1920).

Los que facilitaren el quebrantamiento de la deportación serán castigados con pena de prisión de seis meses á dos años⁸⁸⁶.

La comisión de un hecho delictivo durante la condena en curso se reconduce a las reglas generales de la reiteración, la reincidencia o la multi-reincidencia cuando las hubiere⁸⁸⁷. Para la propuesta de Código falangista, en 1938, como expediente genérico,

Los que quebrantaren su condena, conducción o custodia serán castigados con encarcelamiento si la sentencia quebrantada o la acusación fuere de pena grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la cuarta parte de la pena impuesta o aplicable⁸⁸⁸.

Cuando el quebrantamiento de la condena hubiere tenido lugar con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas ó poniéndose de acuerdo con otros penados o con dependientes del Establecimiento, la pena será de prisión, sin que en ningún caso baje de la tercera parte del tiempo de duración de la pena quebrantada⁸⁸⁹.

El quebrantamiento de la pena grave de relegación, por lo tanto, podría reportar al reo un encarcelamiento de uno a doce meses o una prisión de uno a cinco años⁸⁹⁰. Y simplemente tienen los redactores del Anteproyecto por circunstancias agravantes la de ser reincidente⁸⁹¹, con lo cual un nuevo delito sobrevenido en la condena y no comprendido en el mismo título del Código que el que ocasionó, se penaría sin agravación. Suman a ello, además, que “los Tribunales tienen obligación de precaver la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la medida de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable [...]”⁸⁹².

Las soluciones a estos dos problemas que pueden llegar a plantearse durante la ejecución no son unívocas en los diferentes corpus examinados; ni siquiera se mantiene uniforme la forma de encarar tales eventualidades: quebrantamiento como incidencia regimental, quebrantamiento como deli-

886 Arts. 501 CP 1928 y 655 PCP 1927 (éste con la sola diferencia de que la prisión para el facilitador podría alcanzar los cuatro años).

887 Arts. 67.2^a y 3^a y 70 CP 1928; art. 68.4^a, 6^a y 7^a PCP 1927.

888 Art. 315 AFCP 1938.

889 Art. 316 AFCP 1938.

890 Art. 30, párrs. 6^o y 4^o, AFCP 1938.

891 Art. 10.14^o y 15^o AFCP 1938.

892 Art. 60 AFCP 1938.

to, quebratamiento como negligencia de los guardianes, reincidencia, multirreincidencia, reiteración, delinquimiento simple sin calificación especial. Lo seguro es que a tales alturas de la escala ya no hay mucho juego para discriminar supuestos y graduar agravaciones o recargos, prolongaciones o conmutaciones especiales; el legislador se ve así en el brete de saltar a una pena superior –como digo, ya gravísima–, imponer una reclusión previa a la deportación cuyo cumplimiento debe retomarse o reaccionar con algún tipo de incremento afflictivo en ésta, de régimen o de tiempo, que poco se va a notar superpuesto a castigo ya severo de por sí cual es la relegación. En lo que sí hay coincidencia es en la necesidad y conveniencia de punir la evasión del relegado, de todos los condenados a restricción ambulatoria, porque con ellos no obra la tantas veces aducida disculpa del instinto de libertad con el que se ha querido fundamentar la desincriminación del recluso fugado: en las restricciones ambulatorias, la libertad en que se deja al reo califica el abuso de confianza que supone la extralimitación perpetrada y la reacción consiguiente ha de entenderse como pura exigencia ejecutiva, lo que abonaría la conversión de sus circunstancias en privativas de libertad. La agravación en su penalidad de un ulterior delito simultáneo a la condena, en principio superadora de los ceñidos límites de la reincidencia, decayó en el siglo XX ante la opción político-criminal de contentarse la ley con el cumplimiento sucesivo de las distintas penas superpuestas.

8. Prescripción de la pena

“Si bien es frecuente que los delitos queden sin perseguir, es más raro que, una vez sentenciados, las penas queden sin ejecutar”, de ahí la *menor importancia práctica* que el penalista otorga a esta prescripción⁸⁹³, que en rigor lo es de la acción para proceder a su cumplimiento⁸⁹⁴. Con todo, no fueron razones de índole frecuencial las que propiciaron que los legisladores de 1822 sólo considerasen admisible la extinción del derecho a impulsar la acción por delito, pero no la del derecho que tiene el Estado a ejecutar la pena ya impuesta: prescribe el delito⁸⁹⁵, mas no se piensa en que lo haga la pena por el transcurso del tiempo. Tampoco debe extrañar esto cuando “Beccaria, Bentham y

893 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 615.

894 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 458.

895 Arts. 171 a 177 CP 1822 (en PCP 1821, 174 a 180).

otros penalistas, considerando la prescripción como una institución peligrosa para la seguridad social la rechazaron”⁸⁹⁶ –subraya Cuello Calón–: aunque ello no resulta del todo cierto en el caso del lombardo⁸⁹⁷, sí lo es que la desconfianza hacia esta institución estaba en el ambiente⁸⁹⁸, y tanto que la propuesta de la comisión apenas fue objetada (y, desde luego, por ningún diputado, sólo por informantes), convincente su postura de “[...] que contra lo juzgado no debe haber prescripción, porque no sería justo que al que no solo ha cometido el delito, sino que ha sido rebelde al llamamiento de la ley, se le concediese la impunidad por medio de la prescripción contra una sentencia que, según todos los principios, debe surtir cumplido efecto”⁸⁹⁹. Así los ánimos,

En la demanda ó proceso, sea de oficio ó por acusacion, en que se haya llegado á dar sentencia final, aunque sea en ausencia y rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno á prescripción contra lo sentenciado⁹⁰⁰.

Al encarar Castro y Zúñiga el epígrafe “De la prescripción de penas” bajo el siguiente corpus sancionado, avisan: “el presente título chocará de seguro, y aun producirá á primera vista cierta alarma entre nosotros”, dado que “las penas no han prescrito jamás para nuestros tribunales, sino en ciertos y determinados delitos de acusación privada, en que el tiempo extinguió las acciones de los interesados”⁹⁰¹. La llegada de esta institución al ordenamiento penal patrio iba a verificarse con firmeza, pero no sin antes vencer los obstáculos opuestos por la opinión y la tradición⁹⁰²; y, en un movimiento pendular,

896 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 726, coincidiendo con Von LISZT, *Tratado...*, t. III, p. 405, o Enrique PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, pp. 664-668.

897 BECCARIA, *De los delitos...*, pp. 84-86: lo que sí hace el ilustrado milanés es permitirse algunas reservas respecto a los delitos atroces (léase a su escoliasta Ramón SALAS, *Comentarios al tratado de los delitos y de las penas escrito por el Marqués de Beccaria*, p. 115).

898 Véase VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 407-408.

899 DSC 1821-1822, t. III, nº 100, ses. 3-I-1822, p. 1616.

900 Art. 178 CP 1822 (y 181 PCP 1821).

901 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 249-250 (y lo mismo aproximadamente vienen a decir GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 200-201). Ejemplo de un modo de ver las cosas muy del momento, justificando la prescripción con la pena entendida unívocamente como un mal, SALAS, *Comentarios...*, pp. 113-114.

902 La historia de la prescripción penal es una historia moderna, consecuencia de la evolución filosófica del propio Derecho penal: SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 432-433.

habrá de hacer frente a las acometidas del correccionalismo, con su visión de la pena como bien para el delincuente⁹⁰³. Si el corpus positivado por los liberales obviaba la prescripción de la sentencia condenatoria, el texto promovido en 1830 por vez primera la precave junto a la de la infracción cometida. Con ser aquélla, la que afecta a la pena deducida, la prescripción que halla pertinencia en este estudio, vamos a ver cómo se apoya en la otra, sobre los plazos del supuesto prescriptivo de la acción nacida de los delitos:

Pronunciando sentencia en una causa que llegue a ejecutoriarse, no prescribirá la ejecución de la pena sino por doble tiempo del que se necesitaría para la prescripción de la acción penal [...] ⁹⁰⁴.

Al llenar dicha remisión, oportuno será refrescar lo concluido en cuanto a la duración en este articulado –y en el de 1834– de la pena focalizada: ese máximo impuesto que nunca rebasa los diez años⁹⁰⁵ arroja un término para la prescripción ejecutiva de veinticuatro o dieciséis años si se conjuga con la regla de que

[...] prescribirá la acción penal [...] por el transcurso de veinte años en los delitos de pena corporal cuyo plazo sea de quince; de doce, cuando éste sea de diez; y de ocho en todos los demás de menor plazo⁹⁰⁶.

La prescripción, *de los delitos y de las condenas*, viene encarada por el Proyecto *Andino* discriminando castigos perpetuos y temporales; visto que la deportación iba a ser siempre vitalicia, su estatuto había de quedar así:

Las condenaciones pronunciadas en sentencia definitiva, que recaiga en juicio contradictorio, o por contumacia y rebeldía, si fueren de pena de muerte o corporal perpetua, son imprescriptibles⁹⁰⁷.

903 V. gr., NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 563-566.

904 Art. 449 PCC 1830, igual al 544 PCC 1834.

905 Cfr. nota IV/638.

906 Art 446. párr. 2º, nº 2º, PCC 1830; en PCC 1834 el precepto que de él desciende es el 541, párr. 3º.1º, no exactamente idéntico, pero invariado para lo que ahora se está tratando. La prescripción de delitos continúa su desarrollo, para la inteligencia del cómputo preciso, en los artículos 447 y 448 PCC 1830 o 542 y 543 PCC 1834.

907 Art. 1189 PCC 1831. En el otro aspecto prescriptorio: “La acción penal en los delitos de pena de muerte, o corporal perpetua sobre que no haya recaído sentencia condenatoria, prescribe por veinte años” (art. 1182 PCC 1831).

A los tres proyectos de los años treinta del siglo XIX sigue un cuarto, el de 1845, germen del improbable logro de 1848. En su deliberación, “puesto a votación si se admitiría la prescripción de las penas, se acordó que sí”⁹⁰⁸, con la perspectiva de que “el principio de la prescripción estriba en que a la persona a quien se impuso una pena que no llegó a ejecutarse haya dado muestras durante algún tiempo de un arrepentimiento y de haberse convertido en un buen ciudadano”⁹⁰⁹. Sin embargo, no faltaron las voces refractarias a esta doctrina, porque “[...] cuando se ha esclarecido el hecho, cuando ninguna duda queda de que se cometió, y de quién fue su autor, no veo razón para anularlo todo” –redarguía otro componente de la comisión–; “además, para estos casos estará el indulto, está la Corona que usará de la prerrogativa, siempre que las circunstancias lo aconsejen”⁹¹⁰. Al revés que en 1822⁹¹¹, es el caso que al cabo triunfó, como he dicho, aquella postura favorable, ya primada en las previas Bases⁹¹², conviniéndose que el plazo quedara en quince años para las penas afflictivas distintas de la capital y los trabajos forzados⁹¹³, siempre que

908 ACGCP, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 617. De la prescripción de las acciones se dice “[...] que era materia del Código de procedimientos” (*ibidem*, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 615).

909 ACGCP, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 615; “pero es al mismo tiempo necesario evitar el que para sustraerse de la pena se cometan nuevos delitos, y por esto es preciso que el delincuente haya tenido domicilio conocido dentro de los dominios de España. Otra de las razones que se tuvieron en cuenta para admitir el principio de la prescripción fue la de que el hombre que por espacio de 15 ó 20 años resida en un pueblo, precisamente contrae vínculos con él, o crea derechos o esperanzas, que se verían defraudadas si se arrojase sobre su nueva familia un borrón de infamia” (*ibidem*).

910 ACGCP, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 615; “una ejecutoria es la cosa más firme, más irrevocable, y aquí se quiere revocar, ¿y por quién? ¿Por el poder real que es como la providencia? No señor: a los jueces que han dictado la ejecutoria se les autoriza para destruirlas [*sic*]. Pero contrayéndonos a nuestro país: el día que se supiese que pasando cierto número de años sin echar mano al penado, se exime de la pena con tal que haya observado buena conducta, en ese día no hay delincuente, con alguno y muy poco dinero, que no se exima. Si ahora estamos viendo pasearse por los pueblos rematados de presidio con la mayor desvergüenza, ¿qué sucederá cuando se admita la prescripción de las penas? ¿Y se cree que valen algo esos informes de buena conducta?” (*ibidem*).

911 Cfr. nota IV/895.

912 BCP 1844, b. 11^a: “Se admitirá el principio de la prescripción de las penas con las modificaciones, precauciones y requisitos que exijan las diferentes clases de infracciones y las circunstancias de los culpables”.

913 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 623 (véanse, asimismo, *ibidem*, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 617; y ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048 [arts. 126 y 127]).

no concurra una recaída delictiva, sino *conducta irrepreensible*, y que no se haya ausentado de la Península e islas adyacentes⁹¹⁴. ¿Cómo fue recepcionada esta doctrina, cuya concreción articulada tenían a la vista, por los redactores del Código de 1848⁹¹⁵? Veámoslo: salvo la pena de muerte y la cadena perpetua, *las demás penas afflictivas á los 15 años*, teniendo presente que “el término de la prescripción se cuenta desde que se notifique la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva”⁹¹⁶; aquellas condiciones para su reconocimiento que proponían los juntistas de 1844 quedan ahora más o menos en lo mismo, sólo que se objetiva la exigencia conductual con la condición de no haber incurrido en nuevo hecho delictivo, por supuesto, “no entendiéndose por tal para este efecto el quebrantamiento de sentencia”⁹¹⁷, que marca el término para comenzar la prescripción y su cómputo⁹¹⁸:

Para que tenga lugar la prescripción se necesita que el sentenciado durante el termino de ella no haya cometido delito alguno ni se haya ausentado de la Península é islas adyacentes⁹¹⁹.

Le parece a Pacheco que “la verdad es que con las condiciones que se han adoptado, será un caso novelesco y punto menos que milagroso aquel en que se verifique la prescripción de una pena”: plazo desmedido le parece, como dura la condición de no pasar el reo al extranjero, cuya ausencia podría motivarse por la atención a sus *verdaderos negocios* o, “si por ventura fue ocasionada [...] por el deseo de escapar al castigo ¿no ha sido también uno, y muy real, ese destierro, y no es digno de que se le tome en consideración, cuando no para extinguir, a lo menos para modificar la sentencia ejecutoriada?” (así, mal por mal, que así se entiende la pena, se traduce en expiación por expiación...); y, “por último, la interrupción que *todo* delito produce en la prescripción pendiente, [...] según la importancia respectiva del antiguo y

914 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 623.

915 Véanse las discrepancias de los diputados en *DSCCD* 1847-1848, t. II, n° 79, p. 1712 (Muñoz Maldonado en contra de la prescripción), *ibidem*, p. 1716 (Manuel de Seijas Lozano, a favor, como redactor), o *ibidem*, n° 80, p. 1731 (Joaquín Roncali, asimismo conforme).

916 Art. 126 CP 1848. Véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 464-465.

917 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 201.

918 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 272.

919 Art. 127 CP 1848 y CP 1850.

del nuevo” quisiera de algún modo matizada⁹²⁰. Navarro, en cambio, como correccionalista para quien la pena no debe ser un mal en sí, contradice esa pretendida dureza y rechaza que se disminuya la dicha duración⁹²¹. Recuperemos el aviso de Castro y Zúñiga para su integración con el alivio que ellos mismos se apresuran a emparejarle: “esta es, pues, una novedad que va á llamar por de pronto la atención de nuestras clases menos entendidas, pero que no es peligrosa en manera alguna; porque tal derecho de prescripción es un privilegio ilusorio, que se desvanecerá á cada paso ante el delincuente que quiera apoderarse de él. El haber insertado en el código disposiciones de semejante naturaleza, será un acto de mayor ó menor acierto, pero no será al cabo un riesgo efectivo para la causa pública”: con estas palabras, Castro y Zúñiga vienen a expresar lo mismo que Pacheco, porque “la feliz concurrencia de tal conjunto de circunstancias es un hecho que raya verdaderamente en las regiones mas cercanas á lo imposible, tratándose de un país donde la administracion esté medianamente organizada [...]; y cierto que las privaciones sufridas en tan largo periodo, los temores y sobresaltos consiguientes, y el no haber cometido delito alguno nuevo en todo el tiempo de la prescripcion, son circunstancias que le harian notoriamente merecedor de un indulto particular, si el código no se anticipase á dar ya por extinguida ó anulada la condena que se le impuso”⁹²². A toda esta batería de razonamientos subyace la idea de que no es que el delincuente se haga merecedor del derecho de gracia, sino que en cierto modo ya ha expiado su delito merced a *las privaciones sufridas en tan largo periodo*: la idea de retribución demanda que al mal del delito siga la aflicción de la pena... o de algún equivalente que más o menos haga sus veces en pro de una justicia abstracta. Por lo demás, curiosamente, y al contrario que en 1822, la prescripción que falta en 1848 es la de delitos⁹²³; a la espera de otras disposiciones y lejos de entender su inadmisión por el ordenamiento, en la exégesis de Vicente y Caravantes, “queda, pues, en vigor el derecho anterior al Código sobre esta materia”⁹²⁴.

Desde 1869, enunciativamente se extingue la responsabilidad, entre otras causas, por prescripción del delito o de la pena, sistema adoptado por el

920 PACHECO, *El Código...*, p. 507. Por igual, aunque seis décadas después, GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 80.

921 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 562.

922 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 250.

923 ACUDE PACHECO, *El Código...*, pp. 502-503, a disculpar el mancamiento. Véase CÁRDENAS, “Memoria...”, p. 180.

924 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 272.

Código para atajar controversias e incertidumbres⁹²⁵; lo ahora interesante es que las penas afflictivas, excepto la de muerte y la de cadena perpetua, prescriben en ambos a los quince años⁹²⁶, igual que desde 1848, en donde, a juicio de González Miranda, peca la ley por exceso “señalando para la prescripción mucho más tiempo como necesario” en vez de decidirse por un período variable y proporcional⁹²⁷; habla por ello Saldaña de *la improporción de esta proporción inconsistente*⁹²⁸. Por lo que se advierte con facilidad, la reformulación de condiciones (notificación *personal* en la prescripción sin quebrantamiento⁹²⁹) e impedimentos operada en este capítulo por el Código de 1870 (que el reo sea habido, que se ausente, que delinca otra vez⁹³⁰) no resulta inocua, sino que exagera la protesta doctrinal, por eso a Silvela, programáticamente de acuerdo con la institución⁹³¹, lo que no le parece *tan elevado y tan conforme con los buenos principios* es que “nuestro Código no funda la prescripción en la enmienda, ni aún siquiera en el efecto del trascurso del tiempo, sino sólo en el descuido del Estado ó de los particulares en perseguir las acciones punibles, los cuales hallan la sanción de su incuria en no poder hacer que se declare la pena merecida ó que se ejecute la que se declaró”⁹³², tanto que, aparte la captura o la comisión de un nuevo delito,

Interrumpe también la prescripción *la ausencia á país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición, ó, teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito*. Esta disposición no puede justificarse sino buscando su fundamento en que, no pudiendo el Estado reclamar la entrega del delincuente, no ha caído en mora ni en descuido, y no es justo que pierda la acción á su favor introducida, cuando no tiene culpa. Pero, como en los tratados de extradición se exceptúan casi invariablemente los delitos políticos, resulta que las penas á ellos impuestas, que muy á menudo son el extrañamiento, la relegación y el destierro, no se extinguen nunca, aunque el culpable ha estado sometido á idénticas ó parecidas privaciones que si hubiese cumplido su condena⁹³³.

925 Art. 126.6º y 7º PRCP 1869; y 132.6º y 7º CP 1870. Saludan las reformas GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. XIII.

926 Art... (sin numerar, en el Título VI, ed. cit., p. 284) PRCP 1869 y art. 134 CP 1870.

927 GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 80.

928 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, pp. 430-431.

929 Art. 134, párr. 2º, CP 1870. Véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 464-465.

930 Art. 134, párr. 3º, CP 1870 (*bizantinismos de poca monta* –achaca un refractario NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 563–).

931 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 431-440.

932 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 457.

933 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 462-463. La cláusula transcrita por Silvela se localiza en el aludido art. 134, párr. 3º, CP 1870.

Y vuelven a aparecer, ahora incluso en penalista tan fino como Silvela, las idénticas o parecidas privaciones equiparables a la pena propiamente dicha...; por lo demás, apreciando que los plazos prescriptorios pecan por exceso, suya es la formulación de la conocida crítica de la *pena del torpe*: la prescripción de una pena en no pocos casos se alargará menos que su efectivo cumplimiento⁹³⁴. La prescripción en el Código tradicionalista y sedicioso de 1875 se ajusta a su escantillón habitual de 1850⁹³⁵. Con otro modelo, el de 1870, los Códigos coloniales transponen esta regulación⁹³⁶, y así los Proyectos *Bugallal*⁹³⁷ y *Alonso Martínez*⁹³⁸, siendo de unos a otros –como bien sabemos– uniforme el plazo de quince años para las penas afflictivas. Otra cosa dispone, de nuevo separado del Proyecto de 1882, el de 1884, bajo cuyo sistema van a bifurcarse la relegación perpetua y la que no lo es:

La acción para la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme se prescribe:
Por el transcurso de treinta años, en la de muerte y en las perpétuas.

En los demás casos, por el transcurso de un período de tiempo doble al de la duración de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta⁹³⁹.

Bernaldo de Quirós insiere en el Proyecto *Montilla* (1902) el arbitrio que el de Silvela modulaba para la prescripción de las penas: relegación perpetua *por el transcurso de 30 años*; y temporal, *por el transcurso de un periodo de tiempo doble al de la duración de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta*⁹⁴⁰. Nada hay que decir acerca de lo que Saldaña se proponía llevar a su Anteproyecto de 1920, haciendo *la prescripción, condicionada e individualizada*: el adalid del defensismo nunca había ocultado su animadversión hacia la que describe como *presunción de la innecesidad de la defensa*⁹⁴¹. En su Proyecto de Ley de Bases del año siguiente determina que “la prescripción, conjunta de la acción

934 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 435-436, y t. II, pp. 459, 461. Véase NÚÑEZ BARBERO, *La reforma...*, pp. 63-64.

935 Art. 122 CPC 1875.

936 Arts. 132 CPCPR 1879 y CPF 1884.

937 Art. 131 PRCP 1880.

938 Art. 120 PCP 1882.

939 Art. 129 PCP 1884.

940 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 563.

941 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 124; *id.*, “Adiciones”, t. III, pp. 418-419.

y de la pena, será determinada por el Tribunal, dentro de los plazos máximo y mínimo, en vista de una justa ‘individualización de la prescripción’, en el juicio que ha de celebrarse siempre”⁹⁴². Al elevar el Proyecto de 1927, se escuchó el ministro de la Dictadura en la evitación de la crítica a la traída y llevada *pena del torpe* para motivar el incremento de los tiempos prescriptorios⁹⁴³. En principio, este articulado *in fieri* postulaba que la prescripción de penas se había de reconocer, fuera de la capital, *en los demás casos, por el transcurso de un período de tiempo doble* que identificamos con la ya conocida fórmula de un Proyecto *Silvela* seguido asimismo con todo el resto de particularidades temporales o de otro tipo⁹⁴⁴. El Código, al remate, volvió a la tradicional asignación de un plazo fijo, que fue en la deportación:

La acción para la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme prescribe [...] por el transcurso de un plazo de veinte años⁹⁴⁵.

Pero la buena conducta plenamente probada puede disminuir en un tercio este período⁹⁴⁶. Como hijuela del *retardo malicioso en la administración de justicia* ya inveterado⁹⁴⁷, expresamente punida en 1928 resultaba, por otra parte, “[...] la autoridad judicial que, á sabiendas, dejare de ejecutar una sentencia firme recaída en causa criminal por delito ó procedimiento por faltas, ocasionando la prescripción de la pena impuesta”⁹⁴⁸. Finalmente, resta por considerar el texto preparatorio de 1938: en paralelo a la prescripción del

942 PLB 1921, b. 13.

943 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 15: “[...] se han ampliado los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena, evitando así las injusticias tantas veces censuradas, que son posibles aplicando el Código de 1870, en el cual, los plazos de prescripción resultan con frecuencia inferiores en duración a las penas respectivas”.

944 Art. 238, párr. 3º, PCP 1927: “[...] por el transcurso de un período de tiempo doble al de la duración de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta”. También la prescripción de la acción penal se solventaba con regla general variable en el art. 233, párr. 3º, PCP 1927.

945 Art. 201, párr. 1º y 3º, CP 1928 (y a tenor del art. 197, párr. 3º, CP 1928, las penas graves determinaban una prescripción de la acción persecutoria también a plazo fijo).

946 Art. 205 CP 1928, sin preexistencia en su Proyecto.

947 Arts. 507 y 508 CP 1822; art. 265, párr. 3º, CP 1848; art. 272, párr. 3º, CP 1850; art. 368, párr. 2º, CP 1870.

948 Arts. 418, párr. 2º, CP 1928 y 564, párr. 2º, PCP 1927.

*delito por el transcurso de un lapso de tiempo igual al límite máximo de la pena señalada por la Ley*⁹⁴⁹,

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben por el transcurso de un lapso de tiempo igual al límite máximo de la pena impuesta⁹⁵⁰.

El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena si hubiere ésta comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo⁹⁵¹.

Tras la inicial imprescriptibilidad del castigo impuesto, en 1822 y 1831, gozó de renovada aceptación legal el plazo de quince años, no tan satisfactoria para la doctrina, que siempre censuró desmesura en él; pese a ello, el Código de Primo de Rivera, en su línea rigorista, lo alargó todavía en cinco años más. Otra fórmula sugerida y reiterada en el acervo proyectista pasaba por el lapso proporcional con relación al tiempo de condena. No se registra excesiva discrepancia entre las sucesivas ordenaciones de la prescripción para la pena focalizada: el mantenimiento de aquel mismo criterio en 1848 y 1870 contribuye, cabe los plazos quizá exagerados, a dar esta impresión.

9. Tipos delictivos penados

Pregúntase Valdés, corriente 1859, ante las *Partidas*: “en qué casos procede la deportacion? Difícil sería fijarlos, porque nuestras leyes, aunque tan pródigas en penas graves, han limitado esta” y, en cualquier caso, “como se ve; todas estas leyes, sobre estar en desuso de mucho antes, se encuentran hoy derogadas por el código penal”⁹⁵². Conforme he venido haciendo a lo largo de este capítulo –consciente desde luego de excederme de su objeto principal–, me parece cuando menos interesante no desatender ese referente

949 Art. 104, párr. 1º, AFCP 1938.

950 Art. 106 AFCP 1938.

951 Art. 107 AFCP 1938.

952 VALDÉS, *Diccionario...*, pp. 213-214.

constante en el jurista decimonónico que es el corpus alfonsino. Veamos, pues, a qué contravenciones correspondía, con su terminología particular, ese *destierro en una isla* nunca designado como deportación ni relegación en los títulos propiamente de *parte especial*. Aparte de los simples destierros o echamientos de tierra inespecíficos⁹⁵³, el *destierro para siempre en alguna isla* aparece castigando falsedades de diversa traza⁹⁵⁴, el homicidio perpetrado por un hidalgo⁹⁵⁵, supuestos en los que medien armas de los que el corpus llama *fuerzas* (concepto que reúne coacciones, asonadas, saqueos, exacciones indebidas...)⁹⁵⁶, el hurto cometido por monederos del rey⁹⁵⁷, el adulterio sin casamiento con la huérfana bajo guarda propia⁹⁵⁸ y el incesto con parienta o cuñada⁹⁵⁹. El *destierro en alguna isla por cinco años* se apareja a homicidios por imprudencia⁹⁶⁰, ciertas negligencias profesionales médicas entreveradas de intrusismo⁹⁶¹, el aborto⁹⁶², el filicidio de corrección⁹⁶³, algunos casos de encubrimiento del parricidio⁹⁶⁴, heridas culposas que paran en muerte⁹⁶⁵, el uxoricidio por adulterio⁹⁶⁶, la bigamia⁹⁶⁷ y el yacimiento –pecado de lujuria– de hombre vil con mujer honesta⁹⁶⁸. En fin, también cuentan las Partidas con un destierro por tiempo cierto en alguna isla, que podrá ser superior o inferior a los cinco años que por lo común se establecen para la pena temporal: se utiliza asimismo contra falsedades

953 V. gr., *Partidas*, VII.3.8, VII.6.8, VII.9.12, VII.17.14, VII.22.2, VII.23.3, VII.26.2 y 6, VII.28.4.

954 *Partidas*, VII.7.6.

955 *Partidas*, VII.8.15.

956 *Partidas*, VII.10.8.

957 *Partidas*, VII.14.16.

958 *Partidas*, VII.17.6.

959 *Partidas*, VII.18.3.

960 *Partidas*, VII.8.5.

961 *Partidas*, VII.8.6.

962 *Partidas*, VII.8.8.

963 *Partidas*, VII.8.9.

964 *Partidas*, VII.8.12 *in fine*.

965 *Partidas*, VII.15.6.

966 *Partidas*, VII.19.2.

967 *Partidas*, VII.17.16. Sólo a modo de ejemplo de lo que era la proyección real de esta penalidad, tráigase a colación el apunte de LA PRADILLA, *Suma...*, f. 7v: “[...] mas los cinco años de destierro han de ser, que sirua en las galeras”.

968 *Partidas*, VII.8.12 *in fine*.

cometidas mediante medidas, varas o pesos falsos⁹⁶⁹; y contra el hurto de bienes de un finado⁹⁷⁰.

Pero entremos propiamente en materia. El Código de 1822 pune con deportación ciertas infracciones electorales en el ámbito municipal⁹⁷¹, supuestos de detención arbitraria⁹⁷², conjuración para actos de traición contra la nación o la monarquía⁹⁷³, exposición del Estado a los ataques de potencia extranjera⁹⁷⁴, inobservancia de los tratados de extradición con muerte del entregado⁹⁷⁵, ciertas formas de participación en rebelión⁹⁷⁶ o sedición⁹⁷⁷, robo de correos⁹⁷⁸, incendios forestales en propiedad pública⁹⁷⁹, falsificación y uso de papel-moneda o documentos de crédito públicos⁹⁸⁰, extravío, usurpación y malversación de caudales públicos⁹⁸¹, extorsiones y estafas de funcionarios sobre los contribuyentes⁹⁸², concierto entre funcionarios y militares, con uso de fuerza armada, para incumplir una norma⁹⁸³, prolongación indebida de mando militar⁹⁸⁴, homicidio en riña o pelea⁹⁸⁵, envenenamiento con determinadas circunstancias⁹⁸⁶, castración consentida⁹⁸⁷, agresión a ascendientes en línea recta⁹⁸⁸, concierto para dar muerte a otro⁹⁸⁹, lesiones con ocasión de robo⁹⁹⁰, abusos deshonestos a niños con

969 *Partidas*, VII.7.7.

970 *Partidas*, VII.14.21.

971 Art. 207 CP 1822.

972 Art. 245 CP 1822.

973 Art. 248 CP 1822.

974 Arts. 251, 257 y 258 CP 1822.

975 Art. 271 CP 1822.

976 Art. 277 CP 1822.

977 Art. 281 CP 1822.

978 Art. 342 CP 1822 (procede tras cumplir pena de obras públicas).

979 Art. 345 CP 1822 (tras cumplir pena de obras públicas).

980 Art. 391 CP 1822.

981 Art. 465 CP 1822 (con infamia y tras cumplir obras públicas).

982 Arts. 468 y 469 CP 1822 (con infamia y tras obras públicas).

983 Art. 489 CP 1822.

984 Art. 502 CP 1822.

985 Art. 615 CP 1822 (tras cumplir obras públicas).

986 Art. 635 CP 1822.

987 Art. 638 CP 1822 (tras obras públicas).

988 Art. 648 CP 1822 (con infamia).

989 Art. 650 CP 1822 (tras obras públicas).

990 Art. 651 CP 1822.

resultado de enfermedad o lesión de por vida⁹⁹¹, o los cometidos por funcionario público, religioso, guardador o educador⁹⁹², exposición de hijo que provoque su muerte⁹⁹³, amenazas⁹⁹⁴, concurso de robos⁹⁹⁵, reincidencia en hurto o robo⁹⁹⁶, quiebra fraudulenta⁹⁹⁷, incendio de edificio sin peligro de extensión⁹⁹⁸. Además, la deportación es pena sustitutiva para mujeres y, *por honor al sacerdocio*, para presbíteros, diáconos y subdiáconos que debieran sufrir trabajos perpetuos por su vulneración de la ley penal⁹⁹⁹. Asimismo, procede su imposición al extrañado a quien se aprehendiere después en España¹⁰⁰⁰, al condenado a obras públicas que se fugue y delinca¹⁰⁰¹, así como al de reclusión que haga lo mismo con especial gravedad¹⁰⁰², al reincidente con pena de destierro perpetuo del reino o de obras públicas¹⁰⁰³, discrecionalmente –como conmutación de la muerte o los trabajos perpetuos– al descubridor voluntario de delito o trama contra el Estado, el rey, la seguridad o la salud pública¹⁰⁰⁴, y al condenado a trabajos perpetuos que beneficie la gracia de la enmienda¹⁰⁰⁵. No volveremos a encontrar tan amplio recorrido por la parte especial de un Código como el de esta deportación, en la cual pide algún resalto el frecuente sentido innocuizador a ultranza tras el paso del condenado por las obras públicas.

991 Art. 671 CP 1822 (tras obras públicas).

992 Art. 672 CP 1822 (tras obras públicas).

993 Art. 693 CP 1822 (tras obras públicas).

994 Arts. 719 y 720 CP 1822.

995 Art. 738 CP 1822 (tras obras públicas).

996 Art. 753 CP 1822.

997 Art. 758 CP 1822.

998 Art. 788 CP 1822 (tras obras públicas).

999 Arts. 67 y 69 CP 1822 (69 y 71 –éste con algunas “Variaciones...”, p. 553, y “Reformas...”, p. 1801– del previo PCP 1821). En adición no admitida a discusión, Puigblanch opina –y propone– que “aunque la comision no ha hallado pena alguna intermedia entre la de deportacion y la de trabajos perpétuos, puede suplirse con la mayor distancia á que sea deportado el sacerdote” (*DSC 1821-1822*, t. II, ses. 26-XII-1821, p. 1481).

1000 Art. 52 CP 1822.

1001 Art. 58 CP 1822 (tras obras públicas).

1002 Art. 61 CP 1822 (tras obras públicas).

1003 Arts. 119 y 120 CP 1822.

1004 Art. 129 CP 1822.

1005 Art. 144 CP 1822.

En el Proyecto de Código Criminal de 1830 figura indicada la deportación, a veces con esta simple denominación y a veces con el añadido “a una isla”, para los siguientes casos punibles: delitos de lesa Majestad Divina¹⁰⁰⁶, para varias conductas de gravedad mesurada o auxiliares en delitos de lesa majestad humana¹⁰⁰⁷ o contra la seguridad del Estado¹⁰⁰⁸, delitos contra el orden público¹⁰⁰⁹, heridas y otros daños corporales¹⁰¹⁰, otros daños que dimanen de abusos y descuidos ocasionados por animales y carruajes¹⁰¹¹, calumnias y falsas delaciones¹⁰¹², desafíos¹⁰¹³, inobservancia del aislamiento preventivo en contagios infecciosos¹⁰¹⁴, falsificaciones¹⁰¹⁵, delitos contra la Real Hacienda¹⁰¹⁶, bestialidad y sodomía¹⁰¹⁷, incesto¹⁰¹⁸, uxoricidio por adulterio¹⁰¹⁹, bigamia¹⁰²⁰ y raptos¹⁰²¹.

Propone Sainz de Andino la deportación como castigo para la proposición de delitos de lesa majestad¹⁰²², ultrajes a la Corona¹⁰²³, delitos contra la independencia y seguridad del Estado¹⁰²⁴, rebelión¹⁰²⁵, excitación a la guerra civil¹⁰²⁶, ayuda a sediciosos¹⁰²⁷, falsificación de moneda¹⁰²⁸, falso testimonio¹⁰²⁹,

1006 Arts. 77 y 80 PCC 1830.

1007 Arts. 92 a 96 PCC 1830.

1008 Arts. 99, 100 y 104 PCC 1830.

1009 Arts. 108 y 109 PCC 1830.

1010 Arts. 138 y 143 PCC 1830.

1011 Art. 156 PCC 1830.

1012 Art. 176 PCC 1830.

1013 Arts. 178 y 182 PCC 1830.

1014 Art. 207 PCC 1830.

1015 Arts. 268, 269, 271 a 274 PCC 1830.

1016 Arts. 307 y 308 PCC 1830.

1017 Art. 323 PCC 1830.

1018 Art. 325 PCC 1830.

1019 Art. 334 PCC 1830.

1020 Art. 338 PCC 1830.

1021 Arts. 341 y 347 PCC 1830.

1022 Art. 265 PCC 1831.

1023 Arts. 272, 278 y 279 PCC 1831.

1024 Arts. 290, 291, 302, 305, párr. 2º, 308, párr. 2º, PCC 1831.

1025 Art. 324 PCC 1831.

1026 Art. 333 PCC 1831.

1027 Art. 340 PCC 1831.

1028 Arts. 596, párr. 2º, 597, 601 PCC 1831.

1029 Art. 702, párr. 2º, PCC 1831.

denuncia falsa¹⁰³⁰, cohecho¹⁰³¹, tentativas de homicidio alevoso¹⁰³², lesiones a ascendientes¹⁰³³, forzamiento de menores¹⁰³⁴, exposición de niños con resultado de muerte¹⁰³⁵, robos cualificados¹⁰³⁶. Por otra parte, es pena común de la complicidad¹⁰³⁷, de la reincidencia cuando la primera pena fue de extrañamiento perpetuo¹⁰³⁸ o de trabajos públicos (para después de cumplirlos)¹⁰³⁹, del nuevo delito cometido por el extrañado quebrantador¹⁰⁴⁰; si resulta que sucede a la de trabajos públicos cuando ésta fue la pena previa a reincidir, substancialmente por el camino contrario, el reo de trabajos perpetuos observante de buena conducta durante doce años pasaría a la deportación¹⁰⁴¹.

La deportación ve restringida su utilización en el Proyecto de 1834 con relación al modelo de 1830. Se recurre ahora, además, a la perpetuidad ausente en éste: recíbenla la enseñanza o el culto no católico¹⁰⁴², la ofensa o el atentado sin efecto contra los infantes reales¹⁰⁴³ y la inducción de una declaración de guerra a España sin verificación¹⁰⁴⁴. Temporal, establécese la deportación como pena del atentado contra el libre ejercicio de la soberanía real¹⁰⁴⁵, la excitación frustrada a la rebelión¹⁰⁴⁶, la complicidad en motines armados¹⁰⁴⁷ y la suplantación de la real estampilla¹⁰⁴⁸. Para la colaboración con el enemigo en guerra queda, en fin, indefinida¹⁰⁴⁹.

Aquel extraviado Proyecto de 1836, que era revisión del corpus de

1030 Art. 714, párr. 4º, PCC 1831.

1031 Art. 740, párr. 2º, PCC 1831.

1032 Arts. 812 y 814 PCC 1831 (tras haber cumplido trabajos públicos).

1033 Art. 854 PCC 1831(tras cumplir trabajos públicos).

1034 Arts. 902 y 904 PCC 1831(tras trabajos públicos).

1035 Art. 936, párr. 2º, PCC 1831(tras trabajos públicos).

1036 Art. 1026 PCC 1831(tras trabajos públicos).

1037 Arts. 1113 y 1114 PCC 1831.

1038 Art. 1124 *in fine* PCC 1831.

1039 Arts. 1125 y 1136 PCC 1831.

1040 Art. 1146, párr. 2º, PCC 1831.

1041 Art. 1157 PCC 1831.

1042 Art. 101 PCC 1834.

1043 Art. 121, párr. 2º, PCC 1834.

1044 Art. 139 PCC 1834.

1045 Art. 129 PCC 1834.

1046 Art. 145 PCC 1834.

1047 Art. 158 PCC 1834.

1048 Art. 175 PCC 1834.

1049 Art. 139 PCC 1834.

1822, seguía contando con la deportación entre sus armas, mas al parecer de contemporáneo observador poco aprovechada contra delitos políticos¹⁰⁵⁰. La Comisión General de Codificación del Código Penal actuante entre 1844 y 1845 no prodigó en exceso la relegación cuando la reservaba para conspiradores políticos¹⁰⁵¹ y para funcionarios públicos conniventes con el quebrantamiento de custodia¹⁰⁵²; otro tipo, de primeras escoltado con esta pena, era el que describía la resistencia a la ley o la perturbación del orden público, pero al cabo se le cambió la penalidad¹⁰⁵³. Al crearse en 1844 las escalas graduales para cálculo de penas superior e inferior, ante la segunda sección de ellas, la que agrupa las restricciones a la libertad de movimientos del texto en gestación, uno de los vocales afirma que es de “[...] los delitos políticos [...] de los que trata esta escala”¹⁰⁵⁴; en otro momento se escucha que “la relegación se reservará para sustituir a la pena de muerte, porque se impondrá a los grandes delitos políticos”¹⁰⁵⁵: vemos que así es en un primer bloque, pero no en el segundo, el que se ocupa de las fugas de presos.

El Código de 1848 muestra un patente retraimiento de la penalidad restrictiva de libertad: así, sólo apresta relegación perpetua y temporal para la rebelión¹⁰⁵⁶ y perpetua la dispensa al extrañado que quebrante su condena¹⁰⁵⁷. No hay más, pero conste, por curiosidad, la petición al paso del Código por la Cámara, del diputado Fernández Baeza, de la aplicación de esta pena a los delitos contra la propiedad de elevada cuantía, los *hurtos en grande*¹⁰⁵⁸. Y, de allí a poco, aún pierde la relegación parte de esta presencia en el Código de

1050 Véase LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, pp. 237-238.

1051 ACGCP, ses. 16-VI-1845, a. 39, p. 911 (art. sin numerar).

1052 ACGCP, ses. 18-VI-1845, a. 40, p. 919 (art. 5).

1053 Véase ACGCP, ses. 26-VI-1845, a. 45, p. 958.

1054 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595 (el opinante, Domingo María Vila).

1055 ACGCP, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 622 (habla José María Clarós).

1056 Arts. 168, 169 y 172 PCC 1848.

1057 Art. 124.4^a PCC 1848.

1058 “Pues todo [...] es menester tenerlo en cuenta y poner á los hombres en el caso de que por lo ménos la pena que se les imponga hayan de sufrirla y que guarde proporción con la utilidad que les reporte el delito; y por eso quisiera yo que en ciertos casos en que como este del hurto en grande hubiere otra pena, y que no se igualare la del que hurta un millon con la del que hurta 10000 rs. En el primer caso, cuando ménos, la pena debia ser la deportación á puntos distantes de donde costase mucho volver, como por ejemplo, á las islas Marianas” (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n^o 80, ses. 11-III-1848, p. 1735).

1850: únicamente queda para un tipo menor de rebeldía¹⁰⁵⁹ y para el extrañado quebrantador¹⁰⁶⁰, perpetua en ambos casos. Pacheco, colaborador en la ocasión codificadora de 1848 y celeberrimo escoliasta del corpus resultante, defiende oponer esta pena á los delitos que no manifiesten corrupcion en el ánimo, y sobre todo á los crímenes políticos¹⁰⁶¹; en la exégesis del Código en su versión de 1850, Vicente y Caravantes induce que “las penas [...] de relegacion y de extrañamiento se imponen por delitos que no revelan la villanía y perversidad de ánimo que aquellos á que se impone la de cadena”¹⁰⁶². Parece que así es, a la vista del muy voluble juicio que incluso en su momento –no digamos en el friso de la Historia– puede concitar una rebelión.

“La relegación es una de las penas de menos frecuente aplicación en el Código”¹⁰⁶³ –avisa Viada–. Sólo un caso de posible imposición de la relegación perpetua depara el Código de 1870: cuando castiga con la pena de relegación temporal en su grado máximo a relegación perpetua la comisión de delitos contra las Cortes por miembros de la familia real¹⁰⁶⁴, en la sección del título de delitos contra la Constitución que acoge la mayor parte de conductas merecedoras de relegación temporal, la referida a “Delitos contra las Córtes y sus individuos, y contra el Consejo de Ministros”, con otros cinco tipos congéneres que sólo merecen el reproche de la variedad temporal¹⁰⁶⁵. Una presencia singular tiene la relegación fuera de dicha sección, penado con confinamiento en su grado máximo a relegación temporal el funcionario que indebidamente emplea fuerza para disolver una reunión o manifestación con resultado de muerte¹⁰⁶⁶. De acuerdo con la Ley Provisional de Enjuiciamiento de 1872, de las causas que se sigan por tales delitos conocerá el tribunal del jurado¹⁰⁶⁷.

Más allá de la escala general –pero todavía en *parte general*–, una sola aparición concede el Código *de don Carlos VII* a la relegación: con modalidad perpetua para el extrañado de por vida que quebrantare su condena¹⁰⁶⁸.

1059 Art. 172 PCC 1850.

1060 Art. 124.4^a PCC 1850.

1061 PACHECO, *Estudios...*, p. 296 (también, *ibidem*, pp. 153, 319).

1062 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 172.

1063 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 151.

1064 Art. 165 CP 1870.

1065 Arts. 166 (véase SALDAÑA, “La reforma...” [134], pp. 305-306), 167, 170, 173, párr. 1^o, y 178 CP 1870.

1066 Art. 234, 4^o párr., CP 1870.

1067 Art. 661.1^o LPEC 1872 (vuélvase sobre el art. 26 CP 1870).

1068 Art. 120.4^a CPC 1875. Véase GÓMEZ DE MAYA, *El Código...*, pp. 121-125.

El Código antillano de 1879 impone la relegación temporal a las desobediencias a la Regencia¹⁰⁶⁹; sólo un caso más: la pena de confinamiento en su grado máximo a relegación temporal de la disolución de reuniones con fuerza y resultado de muerte¹⁰⁷⁰. El otro corpus colonial, el filipino, reduce el área relegatoria a sólo aquél delito contra la Regencia, con pena de relegación temporal a perpetua¹⁰⁷¹.

Algo antes, en 1880, el Proyecto de Bugallal, muy ceñido en todo al Código vigente, coincide ahora de pleno con él: está la relegación por desobedecer a la Regencia¹⁰⁷² o por cometer el resto de delitos contra las Cortes y el Consejo¹⁰⁷³, está la que sigue a las fuerzas hechas al derecho de reunión con muerte de resultas¹⁰⁷⁴.

El Proyecto *Alonso Martínez*, de 1882, presta la relegación en castigo de desobediencias a la Regencia¹⁰⁷⁵, delitos diversos contra las Cortes¹⁰⁷⁶, atentados a la libertad del Consejo de Ministros¹⁰⁷⁷, infracciones en el ejercicio del Derecho de petición¹⁰⁷⁸, deportación o extrañamiento por funcionario público¹⁰⁷⁹, suspensión de reuniones con lesiones graves o muerte¹⁰⁸⁰, práctica pública de culto no católico¹⁰⁸¹, provocaciones de eclesiásticos para la desobediencia a la autoridad o al desorden público¹⁰⁸² y duelos¹⁰⁸³.

Acrece Silvela en su Proyecto de 1884 los casos de relegación entre los delitos contra las Cortes y el Consejo de Gobierno¹⁰⁸⁴, aún con mayor recurso a ella que los textos que le habían precedido, pero además la usa para el castigo de la entrada indebida en domicilio¹⁰⁸⁵, la extrañación o relegación

1069 Art. 163 CPCPR 1879.

1070 Art. 222, párr. 4º, CPCPR 1879.

1071 Art. 165 CPF 1884.

1072 Art. 173 PRCP 1880.

1073 Arts. 174 a 176, 179 y 184 PRCP 1880.

1074 Art. 237, párr. 4º, PRCP 1880.

1075 Art. 152 PCC 1882.

1076 Arts. 153 a 156 PCC 1882.

1077 Arts. 162 a 164 PCC 1882.

1078 Art. 186 PCC 1882.

1079 Art. 208 PCC 1882.

1080 Art. 218, párrs. 3º y 4º, PCC 1882.

1081 Art. 226 PCC 1882.

1082 Art. 276 PCC 1882.

1083 Arts. 441, párr. 2º, y 443 PCC 1882.

1084 Arts. 189 a 183 y 198 a 200 PCP 1884.

1085 Art. 232 PCP 1884.

ilícitamente practicada por funcionario público¹⁰⁸⁶, la disolución de reuniones o manifestaciones con fuerza y resultado de lesiones graves o muerte¹⁰⁸⁷ y los duelos¹⁰⁸⁸.

Observa Antón Oneca que esta pena está reservada en el corpus de 1928 a los delitos políticos¹⁰⁸⁹ y, en efecto, pune dentro de él las desobedencias a la Regencia¹⁰⁹⁰, supuesto de hecho en principio tan extraordinario como lo es la vacación del trono, y las violencias al Consejo de Ministros¹⁰⁹¹. Pero además puede citarse aquí esa disposición transitoria que dejaba subsistentes en su mayor parte las secciones del Código de 1870 relativas a los *delitos contra las Cortes y sus individuos, y contra el Consejo de Ministros* y los *cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución*, en tanto no se elaborase la legislación especial que el nuevo Código anunciaba¹⁰⁹², mas para esta conservación en vigor era necesario adaptar la penalidad, y así dipúsose:

La sustitución de las penas que en el texto de los artículos citados se mencionan por penas de las autorizadas por el artículo 87 de este Código en la siguiente forma: [...] relegación perpetua y temporal y extrañamiento perpetuo y temporal, por deportación¹⁰⁹³.

El espacio de la relegación que el Código de 1932 desechó fue cubierto por la pena de extrañamiento, profusa por consiguiente en este corpus para hacer frente a los delitos contra las Cortes y el Consejo de Ministros¹⁰⁹⁴.

Cerrando el ciclo, la relegación sólo viene blandida por el Anteproyecto falangista de 1938 contra la invasión violenta de los locales del gobierno o la coacción a la libertad de sus miembros en el Consejo¹⁰⁹⁵. Sin embargo, pre-

1086 Art. 243, párr. 2º, PCP 1884.

1087 Art. 253, párrs. 3º y 4º, PCP 1884.

1088 Arts. 482, párr. 2º, y 484 PCP 1884.

1089 ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 23.

1090 Art. 261 CP 1928.

1091 Art. 265 CP 1928.

1092 Art. 856 CP 1928: “Hasta que se dicten y rijan la nueva Constitución y las leyes especiales a que se refieren los artículos 263, 264, 268 y 269 del presente Código, continuarán en vigor y serán de aplicación los artículos, 165, 167 al 174, 176, 181 al 203 y 204 al 235 del Código que ahora se deroga [...]”. De éstos, los números 165, 167, 170, 173 y 234 CP 1870 contenían penas de relegación.

1093 Art. 856 CP 1928.

1094 Repásense los arts. 150 a 164 CP 1932.

1095 Art. 149 AFCP 1938.

ciso es traer a la memoria las vastas posibilidades de conversión voluntaria en relegación de “las penas de toda clase impuestas a reos de buena conducta y casados que delinquen por primera vez y por motivo no deshonoroso”¹⁰⁹⁶.

El dictamen en torno a la penalidad no admite ambages: pena política, para delitos políticos, es ésta. ¿Pero *política* sólo por el tipo de delitos a los que se vincula o *política* ella, en sí misma..? Sin duda el mejor comentarista que tuvo el Código de 1870, Luis Silvela, menciona el uso anómalo de esta pena, esas deportaciones masivas de conspiradores y sediciosos a lo largo fundamentalmente del siglo XIX que nos narran los libros de Historia, las novelas del género también histórico o las memorias y autobiografías de implicados y contemporáneos, y lo hace en los siguientes términos:

[...] Tampoco es nuevo el caso de decretarse una Pena arbitraria en circunstancias extraordinarias –como deportacion á una isla– cuando son muchos los delincuentes complicados, por ejemplo, en una rebelion contra el órden social¹⁰⁹⁷.

Incluso si tomásemos en consideración estas irregularidades, veríamos confirmarse el dictado de pena política que se dice convenir a la deportación o relegación, pero ya no sólo en cuanto al nicho delictuencial que le compete con arreglo al Código, sino, de más a más, en cuanto al carácter de arma política adquirido por una medida que, en rigor, habría dejado de ser ya jurídicamente pena, aun siéndolo moral y socialmente. En éstas y otras reflexiones conexas me dispongo a entrar acto seguido.

10. Cuestiones político-criminales.

Una vez contempladas deportación y relegación sobre el papel de la ley, conviene inquirir su desenvolvimiento en la práctica, qué uso se hizo de esta penalidad, cómo se instrumentó su ejecución, si se alcanzaron los objetivos político-criminales perseguidos con ella. Conocida, pues, la normativa, de ley abajo, que ha configurado deportación y relegación en el ordenamiento español, me propongo estudiar ahora una serie de cuestiones de contenido tanto desiderativo como fáctico. Una Dogmática penal que pretenda mantenerse como algo vivo y no como simple horajasca elucubratoria vendrá compelida a servirse de la Política criminal, con recurso a los modelos de prevención

1096 Art. 81, párr. 2º, AFCP 1938.

1097 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 339.

y tratamiento que ésta le vaya proponiendo¹⁰⁹⁸; interesa, por tanto, indagar ahora la política efectiva, el desarrollo dado a las prevenciones del Código, qué resultados han obtenido los mecanismos punitivos servidos por el legislador, si han llenado a satisfacción las expectativas puestas en ellos, si no lo han hecho por deficiente o adulterado desenvolvimiento ejecutivo... Es ahí cuando entra en escena el análisis político-criminal, mas, “[...] aunque esta disciplina pretende aportar un conjunto de conocimientos que, de forma racional, intentan mejorar la legislación penal y utilizar otros mecanismos para hacer frente a determinados comportamientos socialmente indeseables (delitos), no se puede olvidar su carácter histórico, coyuntural, impregnado de componentes ideológicos y políticos, incluso de índole utilitario [*sic*]. Es ese aspecto político que nos cuesta recordar, especialmente a los penalistas”¹⁰⁹⁹. Éstos se han ceñido a sintetizar ventajas e inconvenientes de cada pena desde el punto de vista de la satisfacción de los objetivos del *ius puniendi*; es tal la primera de las funciones de la política criminal: la crítica teórica de las instituciones penales a la luz de los fines del Derecho y de la pena, con los cuales habrán de cotejarse luego los resultados¹¹⁰⁰. Por supuesto, mucho o casi todo lo que se apuntó acerca de la categoría punitiva en general ha de valer para la presente modalidad. En este sentido, aparte de la crítica por desigual que comparte con el resto de penas entroncadas¹¹⁰¹, García Goyena y Aguirre intentan una disección integral de sus cualidades, las positivas y las negativas: entre aquéllas, otra vez divisibilidad y reparabilidad, pero además, entre éstas, inmoralidad por contagio, escasa ejemplaridad pese a su rigor, nula reformatividad (recordemos un antagónico sentir¹¹⁰²) e ineficacia para la innocuización.

Esta pena tiene una tendencia inmoral, pues contribuye á corromper las costumbres de un territorio poco poblado y estenso, enviando á él los malhechores de la metrópoli.

La relegacion es poco ejemplar, y este por sí solo es un defecto de bastante consideracion. En vez de presentar el castigo á la vista del pais para que sirva de leccion y de escarmiento, le ejecuta en regiones distantes, con las cuales hay relacion tan escasa que será bien débil y fugaz la impresion que produzca. Y no es porque la pena no sea bastante

1098 Atiéndase a Emiliano BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, pp. 23, 35-36.

1099 BORJA JIMÉNEZ, *Curso...*, p. 25.

1100 Véase SALDAÑA, “Adiciones”, t. II, p. 57.

1101 Atiéndase ahora a ESCRICHE, *Diccionario...*, t. II, pp. 331-332.

1102 V. gr., cfr. nota II/38.

rigorosa, pues hay que tener en cuenta los sufrimientos de una navegacion, el riesgo de las borrascas y otros varios accidentes, que son los precursores de una larga cautividad.

Mas á pesar de ser tan deplorable, semejante situacion pasa desapercibida para la inmensa mayoria de los habitantes de la metrópoli, que nada saben, que no reflexionan y cuya sensibilidad no se escita sino con la presencia de los objetos.

Tampoco puede ser encomiada esta pena como reformadora, y repetidos y multiplicados ejemplares acaecidos en los diferentes paises en que se encuentra en uso, han venido á justificar esta verdad.

Es muy poco eficaz para quitar el poder de dañar, hablando de un modo absoluto, pues si se entiende relativamente, claro es que lo será considerando al penado con respecto á la metrópoli, de la que se encuentra separado por tan largo espacio. Sin embargo, esta eficacia se aumenta en los delitos políticos, en cuyo caso tiene tambien la cualidad de *analogía*¹¹⁰³.

Pero las tachas sólo pueden ser tales en relación con los fines. Cuello, con aprovechable síntesis, hace recuento de los asignados con especificidad a la deportación dentro del conjunto de su categoría, encontrando el de *liberar a la metrópoli de sus criminales más peligrosos*, el de *intimidar a la colectividad por la severidad de la pena determinada por el alejamiento de los lugares en que se cumple y por la rigurosa disciplina*, el de *facilitar la corrección de los deportados suministrándoles ocasión y facilidades para comenzar una nueva vida y el de favorecer la colonización de comarcas lejanas*¹¹⁰⁴. Entre todo ello, parece a Concepción Arenal que sólo un propósito de fondo mueve en definitiva al legislador o al gobernante cuando propician tal castigo:

La pena de deportacion tranquiliza el miedo que inspira un gran número de criminales; quita á las reincidencias la gravedad que alarma; se presta en manos del poder á llevar á los enemigos del orden social donde no podrán turbarle; proporciona el medio de suprimir á los hombres sin apariencia de matarlos; tiene, en fin, todo lo que puede desear la debilidad, la pasion, el error, la hipocresía; pero le falta cuanto exige el derecho¹¹⁰⁵.

1103 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 147-148. Véase una exposición completa *de las cualidades de la pena atendiendo á su naturaleza y fin* en SANTA-MARÍA DE PAREDES, *Principios...*, pp. 332-336.

1104 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 804. Véase también DORADO MONTERO, “Deportación”, pp. 791-794.

1105 ARENAL, *Las colonias...*, pp. 97-98; añádase *ID.*, “Informe... de San Petersburgo”, pp. 175-176. Concordes, DORADO, “Deportación”, pp. 759-760; o ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 159, quien cree asimismo desenmascarar móviles exclusivamente eliminatorios.

Y acaso atente incluso contra el Derecho natural, si, colocado el individuo inadaptado en desierto lugar, “[...] implica una soledad absoluta inconciliable con la vida del hombre”¹¹⁰⁶. Es la *política del desembarazo o limpieza metropolitana*, en la expresión acuñada por Dorado Montero¹¹⁰⁷ que tan buena fortuna hizo entre los penitenciaristas contrarios a la deportación, desembarazo de aquellas *culebras* de Franklin, limpieza de la *peste* notada por Vizmanos¹¹⁰⁸. Sin embargo, para la penalista gallega ni aun este fin vergonzante cumple la pena, porque

Otra de las ilusiones de los prácticos (que tienen muchas) es creer que la sociedad puede *desembarazarse* de esos miles de delincuentes que reinciden repetidas veces, cuando lo *posible*, lo *inevitable*, es que ha de vivir con ellos en comunicación, si no fisiológica, patológica, como la que se tiene con un miembro enfermo que no es posible amputar [...]; en cuanto á llevarlos á lejanas tierras, sobre que, dígase lo que se diga y hágase lo que se haga, serán siempre en corto número (respecto al total) los deportados ó relegados ó como se diga, variando las palabras para significar una misma cosa, no se *desembaraza* la patria de ellos por alejarlos; no corta toda relación con estos hijos desheredados; en comunicación con ella están, por los sacrificios pecuniarios que le cuestan, por los soldados que emplea y muchas veces sacrifica para custodiarlos, por los empleados que sin haber cometido delito son con frecuencia víctimas de una necesidad cruel, y, en fin, por las consecuencias de una pena que, como injusta que es en alto grado, devuelve en concausas de delito y reincidencia todos los sacrificios que para aplicarla se hacen¹¹⁰⁹.

Pero todo esto, ¿en realidad estaba acaeciendo según nos lo pintan, más de un cuarto de siglo después de proveerse el Código con la pena de relegación? Tras el diseño penológico del legislador, viene –y esto es lo que debe comprobarse– el despliegue práctico, digamos que su aplicación real o ejecución, en donde habrían de acrisolarse los objetivos: he ahí la piedra de toque con la que contrastar pros y contras. Son clásicos en los Códigos penales los capítulos dedicados a *la aplicación de las penas y a la ejecución de las penas y su cumplimiento*, mas ni siquiera es este último el sentido que trato de dar al presente apartado, máxime cuando las reglas contenidas en dichas subdivisiones de los corpus legales son cabalmente las que han nutrido mi precedente análisis de la punición; allí se reúnen las directrices dadas al juzgador para determinar la pena en el caso concreto, son cortapisas garantistas al arbitrio

1106 ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia...*, p. 210.

1107 DORADO, “Colonias...”, p. 168; también *ID.*, “Deportación”, pp. 762, 789.

1108 Cfr. notas II/48 y II/53.

1109 ARENAL, “Informe... de San Petersburgo”, pp. 174-175.

judicial, o se trata de una ejecución que pudiéramos denominar *secundum legem*, mientras que ahora me refiero y atiendo a otra ejecución que llamaré *praeter legem*, la cual podría coincidir con la anterior, pero también podría resultar al cabo *contra legem*. Todo esto entra de lleno en el campo de la política criminal: qué ha buscado el legislador es quizás, sin entrar en mayores honduras, lo que se desprende de la letra de la ley; cómo lo ha desarrollado parece algo rastreable en la normativa que cabe denominar reglamentaria (y una normativa que otras veces por inexistencia no deja de ser asimismo significativa), dentro de la cual ya nos han sorprendido abiertas discrepancias con aquella letra y su espíritu; por último, importa constatar qué se ha verificado realmente de todo cuanto planificaron los Códigos o las disposiciones infra-legales de pura administración, qué relieve ha tenido la específica estrategia delineada, en este caso una opción penológica. Comprobemos, a base de los testimonios que logre allegar, con qué pormenores pasó la letra, la teoría de la ley a la práctica, si se aplicó la deportación o la relegación conforme nos las describen los textos legales o hubo quiebras en tales previsiones; pero, en primer término, si esta penalidad se aplicó siquiera... A bote pronto:

[...] En más de veinticinco años que llevo dedicado al estudio de las cuestiones penitenciarias y á la práctica de los servicios de este ramo, no he tenido noticia de que haya habido delincuentes sentenciados á relegación, y puedo asegurar que hoy no existen. He visto imponer y aplicar, conmutar y cumplir las demás penas restrictivas de la libertad (extrañamiento, confinamiento, destierro); pero la de relegación, no. Por esto digo que sólo existe de nombre...¹¹¹⁰

Quien con tanta contundencia se expresa es Fernando Cadalso, eminente penitenciarista entre siglos. Lo hace el año 1909; es decir que en ese cuarto de centuria que alega como *méritos y servicios* cuenta buena parte de la vida del Código de 1870. Pero vayamos por partes y pulsemos mínimamente la aplicación que habían tenido, hasta llegar al siglo XIX y su deportación de 1822 o su relegación de 1848, estas penas de acuerdo con el enunciado de las Partidas, por cuyo conducto formaban parte del ordenamiento; ciertamente, una mirada sobre la realidad de la pena en su aplicación hispana debería comenzar, aun quedando fuera del análisis propuesto, por la propia época de su recepción por el Derecho común de la legislación alfonsina. Digámoslo ya: Enrique Gacto, que tiene formulada la *regla general de inapli-*

¹¹¹⁰ Fernando CADALSO, “Ponencia al Congreso Penitenciario de Valencia”, en *EJE*, t. X, p. 789 (cit. por Dorado Montero).

*cabilidad de las leyes penales de las Partidas*¹¹¹¹, ha llamado a este destierro en una isla desierta, con toda justeza, “pena seguramente teórica, recibida del Derecho romano y sin aplicación virtual en Castilla; a lo más se convertiría en destierro ordinario”¹¹¹²; a menudo, en el concreto apartado de la penalidad, el Derecho común de las Partidas no es sino trasunto transplantado, en alguno de los elementos que allega, sin mayor reflexión¹¹¹³ y ésta parece ser una buena muestra (considérese el número de islas con que podía contar Castilla en el siglo XIII...). Efectivamente, los glosadores del Derecho penal precodificado coinciden en ello: entrando apenas en este terreno, valga por todos el testimonio, sin ambages, de Gregorio López en 1555: “non est hodie in usu”¹¹¹⁴. Lo cierto es que cuando autores como Alfonso de Castro o Castillo de Bovadilla hablan de *deportados* o *relegados* no parece que sus alusiones reflejen ninguna realidad vivida con actualidad, sino un referente teórico de juristas conocedores del Derecho romano o común¹¹¹⁵. Demos, en fin, un salto de un par de siglos y Berní nos dirá, glosando el mismo corpus y ya muy cerca de la cita codificadora, en 1759, que “las penas en el día se reducen à muerte de Horca, Garrote, Deguello, Llamas, passar por las Armas, Minas, Presidio, Arcenales, Destierro, Azotes, verguenza publica, y desdecirse”¹¹¹⁶, sin más. Baste a mi intento por ahora con estas calas o mojones en el supuesto *iter* de la pena. Y puede prescindirse, por lo demás, de un desvío o bifurcación del plan investigador hacia algún otro de los ordenamientos hispánicos, también posible respecto al catalán, por aparecer en su recopilación, aparte referen-

1111 GACTO, “Los principios...”, p. 41. También nos ha quedado alguna muestra testimonial de otras penas romanas transplantadas normativamente a la Edad Moderna hispana, entre ellas el cúleo, cuya presunta inaplicación –pena *a título teórico*, dice LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, p. 653– está siendo modernamente revisada: véase Luis M. Díez SALAZAR FERNÁNDEZ, “La ‘poena cullei’, una pena romana en Fuenterrabía (Guipúzcoa) en el S. XVI”, *AHDE* 59 (1989), pp. 581-595.

1112 Enrique GACTO FERNÁNDEZ, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, *AHDE* 41 (1971), p. 903. Esta intuición es compartida por otros autores contemporáneos provenientes de diversas ramas del Derecho; así, CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 805; o Ricardo VILLA-REAL MOLINA/Miguel Ángel DEL ARCO TORRES, *Diccionario de términos jurídicos*, pp. 140-141.

1113 Véanse SERRA RUIZ, “Finalidad...”, p. 143; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, p. 103; LALINDE ABADÍA, “La pena...”, p. 187.

1114 LÓPEZ, *Las siete...*, t. III, p. 305 (gl. 3^a *in fine* a VII.1.24).

1115 Alfonso de CASTRO, *La fuerza de la ley penal*, t. I, p. 90 (I.3), v. gr.; CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. II, pp. 448-449 (V.1.128).

1116 BERNÍ Y CATALÁ, *Apuntamientos...*, t. III, p. 118.

cias normativas al exilio insular del *ius commune*¹¹¹⁷, la pena de *destierro en Italia o en una isla*¹¹¹⁸; sin embargo, conforme propuse en un principio, una inmersión en la obra legislativa de la Codificación no debería mirar atrás en demanda del precedente a la manera positivista, sino procurando imbuirse el espíritu de los juristas hacedores de tal Derecho; entonces, por este camino, la innegable visión castellanizante en el legislador y en la doctrina del siglo XIX parece autorizar y hasta aconsejar una prevalente consideración del Derecho histórico de Castilla en cuanto sustrato y atmósfera para la floración de los códigos. Nos consta, pues, esa deportación rescatada del Derecho penal romano por las Partidas –un corpus subsidiario, no se olvide–, abriéndose por siglos una omisión de esta pena en la letra de la ley, pero también en los ámbitos del foro. En aquel ínterin, la pervivencia de la deportación es poco menos que fantasmagórica... Ahora bien, no porque no hubiera envíos de condenados a ultramar o, a la inversa, desde las Indias a la Península, o a las Filipinas, sino porque esto se hacía sin distinción cualitativa respecto al destierro; antes, la distinción podría decirse cuantitativa tan sólo, de intensidad en la aflicción y el control: primero, el nudo destierro; grado subsiguiente, el destierro con fijación de lugar para su cumplimiento; y, por último, el destierro con señalamiento de un punto ultramarino; a partir de este peldaño, la punición adquirirá ya tintes reclusorios. He ahí la escala gradual interna de una misma pena.

Llegada la época en la que interesa reconducir en lo posible la penalidad corporal hacia las galeras u otros utilitarismos penitenciarios, esta modalidad punitiva que es el destierro, sin perjuicio de variopintas funciones menores en su línea de pena multiusos, a menudo tenderá a polarizar la comprensión del estamento noble¹¹¹⁹, tradicionalmente reducido a esos confinamientos de los que –pongo por caso– casi como gaje del cargo nos hablan las biografías de los validos, pero también en algún caso la confinación se desmesuraba tanto como para proyectarse hasta las Indias. Los retraídos indicios de esta última aplicación procederán alguna vez de la literatura creativa o fabuladora, con la imprecisión técnica y terminológica que cabe suponer: una de las más célebres condenas acaso sea el llamado *segundo destierro* de Garcilaso, en una isla del Danubio¹¹²⁰; sin embargo, esta accidental insularidad

1117 *Pragmaticas y altres drets de Cathalunya*, IX.18.11.

1118 *Constitutions y altres drets de Cathalunya*, IX.19.3.

1119 GACTO, “Aproximación... español”, p. 514; SÁNCHEZ GÓMEZ, *Delincuencia...*, pp. 173-174.

1120 Con afortunada musa había de transformar en materia poética su *destie-*

no nos debe llamar a engaño: paremos mientes, más bien, en la levedad de la pena (levedad temporal –apenas cuatro meses del año 1532, lo justo hasta remitir el enfado regio–, geográfica –la corte paraba en la vecina Ratisbona–, afflictiva –indemnidad de sus bienes– y hasta intencional –parece que un escarmiento no más–) y trasladaremos toda semejanza, desde la relegación de la ley IV del título XXXI de la séptima partida hasta el confinamiento insular –adyacente– que advendrá con alguna proliferación en la vigésima centuria. Busquemos otras muestras: el profesor Escudero, en un artículo intitulado “El destierro de un primer ministro: notas sobre la expulsión de Valenzuela a Filipinas”, ha contemplado la desgracia de este valido de Carlos II con apoyo en la documentación subsistente acerca de tal proceso, en el cual va a asaltar-nos de nuevo la inestabilidad terminológica: destierro, expulsión, relegación, exilio...; la propia cédula real para dar cumplimiento a la condena impuesta por el nuncio vaticano –había caído el exprivado bajo la jurisdicción eclesiástica por su acogimiento a sagrado– dice que esta intervención se ha resuelto “[...] relegando al dicho Don Fernando Valenzuela a esas Islas, donde ha de estar por tiempo de diez años” (y esto aderezado con la confiscación total de su hacienda...), mas da acto seguido la verdadera medida del castigo en el detalle del régimen de vida que se le prepara: encierro absoluto, incomunicación total¹¹²¹; frente a esos datos, a Escudero, que emplea en su análisis indistintamente los vocablos *destierro* o *expulsión*, no había de escapársele la solapada naturaleza de *una medida tan extravagante como el exilio a las lejanas islas*¹¹²² y es al concluir su estudio cuando anota la calificación más

rro, que es acaso relegación (“non le tomando sus bienes”), acaso confinamiento, GARCILASO DE LA VEGA, *Obras...*, pp. 28-30, 41 (cfr. nota I/2). Véanse Fernando de HERRERA, *Anotaciones a la poesía de Garcilaso*, pp. 504-505; Antonio GALLEGO MORELL (ed.), *Garcilaso: documentos completos*, docs. 25-51, pp. 111-147; Gregorio MARAÑÓN, *Españoles fuera de España*, p. 83; AZORÍN, *Al margen de los clásicos*, p. 46; Eustaquio FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, *Vida del célebre poeta Garcilaso de la Vega*, pp. 123-127; Manuel ALTOLAGUIRRE, “Garcilaso de la Vega”, *Obras completas*, t. II, pp. 89-100.

1121 Cédula real de 28 de febrero de 1678, *apud* José Antonio ESCUDERO, “El destierro de un primer ministro: notas sobre la expulsión de Valenzuela a Filipinas”, *Administración...*, pp. 634-635.

1122 ESCUDERO, “El destierro...”, p. 630; complétese en Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Los validos en la monarquía española del siglo XVII*, pp. 23-28 y 113-115, o John Huxtable ELLIOTT, *La España imperial (1469-1716)*, p. 397. Puesto que tenía sus puntas de poeta el sinventura Fernando de VALENZUELA, “Poesías de don Fernando de Valenzuela. Composiciones varias”, *apud* Adolfo de Castro (ord.), *Poetas líricos de los siglos XVI y*

o menos certera de *presidio*¹¹²³, la cual, si tampoco ajusta en puridad con el aparato regimental dispuesto –tan semejante al que padecerá Jovellanos en su arresto mallorquín–, introduce en cualquier caso la caracterización reclusiva que sustrae en fin de cuentas su ostracismo al prisma óptico del presente trabajo. Con todo, la evidencia de que la deportación no estuviera individualizada *penitenciariamente* no significa que no se realizase en el sentido dicho de un destierro en condiciones rigurosas, ora como pena arbitraria de los tribunales, ora como medida, represalia o castigo de imposición real¹¹²⁴; es lo cierto que pueden ir allegándose algunas muestras de casos más o menos próximos en los que siempre nos queda algo o muy borroso el contenido punitivo concreto: el ministro Saavedra, verbigracia, nos habla –1776, el año de los hechos– de alguien “[...] que iba desterrado a Buenos Aires por enredos de Palacio. Después lo pasarían a Manila”¹¹²⁵... El canónigo Escoiquiz, puesto en aquel brete de los sucesos de El Escorial en el otoño de 1807, no puede ocultar sus temores de que la cosa acabara “[...] haciéndome quitar secretamente la vida, o, lo que para mí era lo mismo, confinándome a Filipinas u otra colonia remota”¹¹²⁶...

Fuera de estos *destierros* cuyo sujeto pasivo es personaje linajudo, opulento, poderoso de algún modo, parece que se piensa en unos envíos a ultramar con otros contenidos de mayor afflictividad, acusadamente utilitarios, reclusorios, como “[...] el trabajo forzado en las minas (*ad metalla*), recogido por las Partidas, y con gran auge a partir del siglo XVI, en que gran número de delincuentes son enviados a los presidios de Indias”¹¹²⁷, un paralelo al sistema de galeras. Así, cuando en el pragmático siglo XVIII se vuelve la vista hacia este destierro a ultramar asimilado con flexible criterio a la deportación, las mira político-criminales continúan siendo esas mismas del rendimiento y provecho público. Uno de los arbitrios con que se pretendió solventar, en época ilustrada, el problema gitano fue el de su deportación, tal como nos lo cuenta el hispanista Leblon. En el informe evacuado por el conde

XVII, v. II, p. 447, procuró algún desahogo lírico a su desgracia con ciertas *Endechas que compuso en el puerto de Acapulco, donde se embarcó para pasar a Manila, lugar de su destierro*.

1123 ESCUDERO, “El destierro...”, p. 632.

1124 Véase, además de las precedentes notas, Juan Antonio PÉREZ MATEOS, *Los confinados: relato vivo de los desterrados*, pp. 20-22.

1125 FRANCISCO de SAAVEDRA, *Memorias inéditas de un ministro ilustrado*, p. 125.

1126 Juan de ESCOQUIZ, *Memorias (1807-1808)*, p. 142.

1127 LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, p. 656.

de Campomanes el año 1763, siendo procurador del Consejo de Castilla, “[...] su proyecto apunta [...] a encerrar a todos aquellos sedentarios de los que aún pudiera sacarse algún provecho. Se los internaría en presidios, [...] donde se los podría hacer trabajar [...]. Los otros gitanos, más o menos nómadas y juzgados refractarios, serían deportados a América, donde acabarían por confundirse con los indígenas y transformarse en súbditos útiles”¹¹²⁸, o sea que, híbridamente, se concebía una asimilación en la expulsión. Hacia 1772, Campomanes y otro consejero, Pedro Valiente, revisando los trabajos previos completarán un expediente granado tan sólo en proyecto de pragmática-sanción para enviar a desempleados *jóvenes recalcitrantes* a ciertas colonias americanas –la Luisiana, el Orinoco, la bahía de San Julián y las islas de Juan Fernández–: “[...] se utilizaría a América como vertedero” –dice con plasticidad Leblon–, pero queriendo avanzar cada una de las propuestas geográficas resultó recusada de plano, por razones ora estratégicas, ora económicas¹¹²⁹. El suceso de este expediente me ha parecido muy ilustrativo de la falta de arraigo de la deportación: teniéndose más o menos clara su idea y conviniendo en su aplicación, no se encuentra, sin embargo, modo de darle concreción práctica ni aun lugar adecuado para hacerlo; la cuestión no estaba planteada, pues, en lo precedente. Cuando dicha actividad legislativa alcance una culminación, *la última pragmática española relativa a los gitanos*¹¹³⁰, de 19 de septiembre de 1783¹¹³¹, nada de esto tendrá ya acceso al ordenamiento... Otro conde, el de Cabarrús, atento en 1792 a temas de sanidad pública, se ocupa de la prostituta, que “[...] por el solo hecho de ejercer este infame oficio o sin la autorización de la policía, estaría expuesta a una graduación de penas, desde la condenación a la mancebía, que sería la primera, hasta la deportación a las colonias, que sería la más grave”¹¹³², nuevo intento de librarse de ciertas

1128 Bernard LEBLON, *Los gitanos en España: el precio y el valor de la diferencia*, pp. 48, 51-52.

1129 LEBLON, *Los gitanos...*, p. 66. Sobre el estado de este territorio norteamericano en la referida época, acúdase a Paul E. HOFFMAN, *Luisiana*, pp. 64-81, 89-90; Juan José ANDREU OCARIZ, *Luisiana española*, pp. 40-47; y Luis NAVARRO GARCÍA, *Don José de Gálvez y la Comandancia General de las Provincias Internas del Norte de Nueva España*, p. 143.

1130 LEBLON, *Los gitanos...*, p. 67.

1131 NRLE, XII.16.11.

1132 Conde de CABARRÚS, *Cartas (1795)*, c. 5^o, p. 150, epístola dirigida a Jovellanos en 1792 (y consúltese Fermín ABELLA, *Manual de las atribuciones de los alcaldes en el gobierno político de los distritos municipales*, p. 197).

culebras en el *vertedero americano*... Revirtiendo esta localización, un eco de variante deportatoria *lato sensu*, en las Leyes de Indias, da la impresión de haberse llegado a usar con alguna profusión en determinadas épocas: ya se ha leído a Ramón Francisco Valdés, considerando la deportación alfonsí, saldar a poca costa “todas estas leyes [...] en desuso de mucho antes”; este mismo autor, mejor informado aún sobre la legislación indiana, como abogado hispano-cubano, procura interesantes datos referentes a la suprascrita ley autorizando la remisión de reos desde América a la Península:

En una época bastante calamitosa por los abusos del poder, sin causa justa para disculparlo, se hizo un abuso tal de esta ley, que las deportaciones fueron demasiado frecuentes: invocábase el texto, hasta donde llegaba la prevencion, pero *ni se procedía judicialmente, ni se remitían las causas*: llegó á tal extremo la prodigalidad de la pena, que el Rejente del Reino, por consecuencia de las desgraciadas muertes de algunos infelices que sucumbieron de hambre en Barcelona dictó una medida restrictiva, ordenando sábiamente, que esta disposición se aplicase con cordura y discrecion, sirviendo de base, que para los ricos no era una pena, mientras que para los pobres era la miseria y la muerte; y entonces se empezó á calmar aquel furor de proscricion¹¹³³.

De momento, parece que no se trataba de reos, porque no había forma de juicio y la medida era tomada gubernamentalmente. Y, sin embargo, no faltan testimonios literarios de su uso por la Justicia absolutista en el Nuevo Mundo: en los *Infortunios de Alonso Ramírez*, de Sigüenza y Góngora (1645-1700) se hace mención de una pena “[...] que se da en México a los que son delincuentes, que es enviarlos desterrados a las Filipinas”¹¹³⁴, y la continuación, hacia 1768, del *Buscón* por el jesuita Vicente Alemany (1729-1817) arma igualmente uno de los virajes centrales de la trama, el mismo paso transpacífico de Pablos, sobre su condena, tras ser residenciado, “[...] sentenciándome a destierro a Filipinas”¹¹³⁵. Así debió de llegar esta baza punitiva o represora hasta el siglo XIX, como confinamiento en ultramar, sin mayor elaboración: un destierro con señalamiento de lugar y un lugar tan lejano como para garantizar el satisfactorio desembarazo del díscolo o peligroso; y esto, con frecuencia al margen de los cauces ordinarios de la justicia, lo cual, si pudo tener su ajuste en el sistema jurídico del Antiguo Régimen, sólo al confrontarse con

1133 VALDÉS, *Diccionario...*, p. 214. Vuélvase sobre RLRI, III.3.61 y I.12.10.

1134 Carlos de SIGÜENZA Y GÓNGORA, *Infortunios de Alonso Ramírez*, p. 36.

1135 Vicente ALEMANY, *Andanzas del Buscón don Pablos por México y Filipinas*, pp. 105-106, 115.

el constitucionalismo –y con los Códigos– va a desencadenar, por una parte, antinomias y quiebras de la jerarquía normativa, por la otra, suspensiones o violaciones de los derechos individuales que han empezado a reconocerse.

Con estos u otros que podrán detectarse en fuentes históricas o literarias, no puede convenirse que menudeen en nuestra literatura ya específicamente jurídica ejemplos del uso efectivo de esta pena que se analiza; de hecho, ya avisa Tomás y Valiente, al exponer *El Derecho penal de la monarquía absoluta* que “el catálogo de penas es de contenido muy diverso. Hay penas muy dispares entre sí, algunas de las cuales se aplicaron pocas veces y cayeron pronto en desuso”; bien pudiera ser este último caso el de la deportación, en la cual, a la supeditación utilitaria general de las penas corporales a la de galeras u otras igualmente productivas, por las que solían conmutarse siempre que fuera factible, se unía la onerosidad de su empleo y la dificultad de vigilancia y custodia en los enclaves idóneos para deportar. ¿Qué componenda –*solución* hubiera sido actualizar la regulación– iba a imponerse ante el conflicto emergente, en este y en otros casos, entre la norma y la realidad que pretendía normar?: pues el recurso a un desbordado arbitrio judicial, incluso *contra legem*, en el que poco habrá de irregular cuando “[...] hasta el siglo XIX, la ley no constituyó la única, ni siquiera la más importante fuente del derecho penal y procesal, sino que compartía esta condición con la literatura jurídica y con el estilo judicial”¹¹³⁶. A partir de ahí, la escasez de noticias sobre deportados no tiene que extrañar si en paralelo iban menudeando las leyes de conmutación sistemática por galeras de las penas corporales¹¹³⁷: la necesidad del remo forzado con una insistente cobertura legal del expediente de las sustituciones de penas llevaron a las galeras a monopolizar en buena medida la punición castellana sobre una escena *imperial* en la que “las necesidades político-militares eran antepuestas a cualquiera otras consideraciones de justicia”¹¹³⁸. Bajo tales principios, no sólo son las galeras el destino uti-

1136 GACTO, “Aproximación... español”, pp. 507, 513, 524.

1137 NRLE, XII.40.1 a 6 (la ley 7, sobre arsenales) y 10 a 12. Consúltese Juan Antonio ALEJANDRE, “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia 16* extra VII (X-1978), pp. 47-54; y léase a Vicente ESPINEL, *Vida del escudero Marcos de Obregón*, t. I, p. 235.

1138 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 391; véase, v. gr., Valentina FERNÁNDEZ VARGAS, “Noticia sobre la situación penal en León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España”, *AHDE* 38 (1968), pp. 629-634. A este respecto, acúdase a ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, p. 35, quien da razón de que “la pena de Galeras, despues que se dexaron, se conmutó en presidio, y era la práctica; pero en el año de 1785 salió Real Cédula con fecha de 16 de Febrero, en que restableciéndolas en la Real Armada,

litario para el contraventor del ordenamiento, sino que aquellas otras figuras punitivas que más pudieran aproximarse a la deportación se nos presentan teñidas del mismo matiz o sentido productivo en beneficio del Estado: disposiciones que pudieran filiarse a primera vista con referencia a la deportación o relegación de las Partidas son, verbigracia, las contenidas en la Novísima Recopilación sobre *remision de desertores y otros reos al Regimiento fixo de Manila* (1787) o *conducción de los reos destinados á Filipinas* (1788) o *rebaxa del tiempo de las condenas á los confinados en las Plazas de Indias* (1798)¹¹³⁹, mas todas ellas nos remiten a una realidad diversa de la que el Derecho romano había acotado jurídicamente y las leyes alfonsinas quisieron transplantar: allí no hay, en puridad doctrinal, deportación, sino destino a las armas, aplicación a trabajos públicos, fortificación, mantenimiento y defensa del presidio...

Algo más de detenimiento pide indagar la suerte de la deportación en la época inmediatamente anterior a su vida codificada moderna, la que advendrá en 1822 y –entonces, relegación– a partir de 1848. Hemos espigado algunos casos, modalidades de destierro que entendemos próximas a la deportación, pero acudamos a la doctrina, por ver qué nos dice desde el último autor consultado, Berní y Catalá. Centrándonos en el postrer cuarto de la centuria dieciochesca –no hay para qué ir más atrás–, juzgo sintomático que Manuel de Lardizábal, al pasar revista en 1782 a la penalidad, no mencione la deportación en absoluto, ni al tratar de los presidios y arsenales, en una ilación por el aspecto ocupacional de los reos, ni, tomando pie de la nota de alejamiento, al hacerlo del destierro y extrañamiento del reino: no hay otro rastro de deportación que una alusión incidental a su existencia romana¹¹⁴⁰; bien es verdad que el marqués de Beccaria, su modelo en tantos aspectos, tampoco se acuerda de ella en su retumbante tratadito¹¹⁴¹, mas nunca, aun

se mandó á los Jueces del Reyno sentenciar al servicio de ellas á los reos que lo mereciesen, como se practicaba antiguamente, y no tengo noticia de que haya orden en contrario; bien que si no se han restablecido las Galeras, como se dice en la citada Real orden, los años de galeras que prescribe la citada Ley recopilada, serán de presidio” (cotéjese con NRLE, XII.40.10).

1139 NRLE, XII.40.13, 14 y 23. Otras reales órdenes de 14 de agosto de 1772 o de 8 de enero de 1790 discurren en la misma dirección.

1140 LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, pp. 236-242 (al igual, en BECCARIA, *De los delitos...*, p. 83), 250-251, 263.

1141 Véase Eugenio R. ZAFFARONI, “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”, *ADPCP* 42/2 (1989), pp. 539-540.

copiando a ratos al dictado, se muestra servil ni condicionado el seguimiento expositivo del español, por otro lado cumplido conocedor de la legislación histórica patria y, por ende, de nuestra deportación según las Partidas, como que hubo de *tener a la vista todas las penas que en diversos tiempos se han impuesto a los delitos* cuando recibió el encargo del Consejo de Castilla de “[...] que formase un extracto puntual y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales Cuerpos de nuestro Derecho desde la dominación de los godos hasta el tiempo presente”¹¹⁴². Pérez y López expone que “entre las varias penas impuestas para castigar los delitos se refieren aquí tres, conocidas en la antigua Legislación romana, y á las cuales en la nuestra corresponden otras bastante semejantes”; las tres antigüedades son, en efecto, la interdicción, la relegación y la deportación, mas nuestras penas *semejantes*, a renglón seguido, se quedan en el nudo destierro, perpetuo o temporal¹¹⁴³... Juan Sala sigue diciendo en 1794 que “no está en uso la deportación”¹¹⁴⁴. Asimismo en las postrimerías del siglo, 1796, el corregidor Álvarez Posadilla, recuenta *quantas clases hay de penas en nuestras leyes* y, tras repasar tanto las corrientes como las ya arrumbadas sin mencionar deportación y relegación ni para lo uno ni para lo otro (sólo el *destierro* y el *extrañamiento de los Reynos* entre *las que causan incomodidad*¹¹⁴⁵), recupera una de las claves de la cuestión al recabar cierta Pragmática de Felipe II en 1566 (original de doña Juana y don Felipe, ausente Carlos I, en 1552), dispositiva de “que en los delitos donde buenamente pudiere aver commutacion en pena de galeras, se haga”; lo cierto es que esta ley estaba ya precedida por otra Pragmática de 31 de enero de 1530 en el mismo sentido (recógese en la Novísima, que por cronología no pudo manejar el práctico¹¹⁴⁶), mas, ya

1142 LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, pp. 107-108. Complimentada la tarea entre 1770 y 1780, no obtuvo otro fruto que el célebre *Discurso* (nada desdeñable, pero se buscaba todo un nuevo cuerpo de leyes penales sistemático...). Consúltense, v. gr., CASABÓ RUIZ, “Los orígenes...”, pp. 319-330; BERMEJO CABRERO, “El proyectado...”, pp. 305-314; *ID.*, “Anotaciones...”, pp. 207-214.

1143 PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro...*, t. X, pp. 411-413.

1144 Juan SALA, *Digesto romano-español*, t. II, p. 172

1145 ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, pp. 24, 35-37. Y tampoco desarrolla la teoría de la muerte civil al encararse con la confiscación, ni vincula en modo alguno ésta con el castigo deportatorio (*ibidem*, pp. 40-41); sí tiene claro lo que en su época podía equivaler a la vieja *deportatio*: lo que padece *hoy el condenado á las Minas de Azogue, á Galeras, &c.* (*ID.*, *Comentarios...*, p. 72).

1146 NRLE, XII.40.1.

que fue aquélla de 1552/1566 la aducida, sirvámonos de su tenor, que preceve como las dos solas excepciones la de *delitos tan calificados, i graves que convengan à la República no diferir la execucion de la justicia*, y la de que se pueda *hacer en ello perjuicio à las partes querellosas*¹¹⁴⁷. La clarificación del propio Posadilla completa el argumento: “la conmutacion de esta Ley es de las penas ordinarias que por Leyes mas antiguas estaban impuestas á los delitos, no de las penas impuestas por Leyes posteriores”¹¹⁴⁸. Entraban, pues, la *deportatio* y la *relegatio* alfonsíes de lleno en la posible y recomendada conmutación. Otro práctico, José Marcos Gutiérrez, tampoco se detiene en la deportación, pasando de la pena de muerte al presidio y a la condena a servicio de armas y galeras; sólo en nota, a título de actualización científica y *de lege ferenda*, había aventurado aproximadamente en el cambio de siglo un persuadido apunte a vueltas con la virtualidad reformadora:

La deportacion ó traslacion de los reos á las colonias en donde puede fomentarse considerablemente la agricultura, la industria ó el comercio, es un castigo que puede prescribir prudentemente un legislador contra varios malhechores, y en especial contra muchos, que aunque no tengan el corazon enteramente corrompido; pues á la verdad es muy útil al estado y á los mismos reos; al estado por los beneficios que le hacen con sus brazos, y á los reos porque de hombres perjudiciales los convierte en ciudadanos laboriosos y honrados, proporcionándoles así su bienestar. Si es muy dificil llegue á ser hombre de bien en su pais el que sus delitos han hecho aborrecible, y privado de su estimacion en él por la grande dificultad de recuperarla á que está persuadido; no lo es aquella dichosa transformacion en un nuevo pais, donde sabe es útil y puede por muchas causas desvanecerse su fatal preocupacion¹¹⁴⁹.

Estamos en puertas de la Codificación. No hay deportación en cuanto construcción penológica plasmada en la ley (ya muy remota aquella erudición jurídica de las Partidas), sí como mera modalidad ejecutiva del destierro, pero, de la mano del colonialismo, su moderna elaboración por diversos ordenamientos europeos está llegando a conocimiento de los juristas más inquietos. Arribados al momento codificador del *Trienio*, pistas adicionales

1147 RLR, VIII.11.8 (en Monzón, 1552); es la pragmática que pasa a NRLE, XII.40.2.

1148 ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, p. 52.

1149 GUTIÉRREZ, *Discurso...*, pp. 120-121, al cual la admite como teoría de las penas que es, con el propio criterio que le llevara en otro trabajo de mayor aliento, *id.*, *Práctica criminal de España*, pp. 304-317, a no considerarla –no la hay en *la práctica*– en absoluto.

se proyectan, quizás, en el parecer de la Audiencia de Navarra cuando, ante el Proyecto de Código de 1821, reputa *prematuramente todos los artículos que hablan de deportaciones y otras materias que no se conocen hasta ahora en España, á lo menos en la forma que lo supone el proyecto*¹¹⁵⁰. Como ya he apuntado, la deportación romana, del Derecho común, da la impresión de no ser más que un ornamento culto, de jurista, un precedente de prestigio para la introducción en el ordenamiento de otra deportación de nuevo cuño, inserta en el contexto del debate internacional, entonces incipiente, acerca de la utilización penitenciaria de las colonias, y, sin embargo, jamás se llega a apostar con convicción por esta posibilidad, que ya entonces halla detractores, de manera que la *novedad* europea revertirá en cierne a ese nunca olvidado cauce romano, neutralizador y no utilitario en su espíritu, de empleo particularizado y no sistemático. Así se expresaban los representantes nacionales a cuyo cargo estuvo el Proyecto:

Dudó al principio la comision sobre la pena de deportacion [...] adoptada por varias naciones cultas de Europa, y la experiencia ha mostrado su utilidad y saludables efectos; pero entre nosotros parecia no traer ahora ventajas conocidas, ni ideas de conveniencia pública. ¿Seria buena política deportar gentes criminales á las islas y colonias de Ultramar, en la situacion en que hoy se hallan estos países? ¿Existe en ellos algun establecimiento en que se ocupe provechosamente á los deportados? Sin embargo, la comision, deseando dar alguna mayor extension á la escala de las penas, y llenar el gran vacío que á las veces existe entre unas y otras, admitió la deportacion como término medio entre el destierro ó extrañamiento perpétuo del Reino y la pena de trabajos violentos para siempre, cuyos extremos casi distan infinitamente. La admitió para lo sucesivo, cuando el Gobierno, excitado por las Córtes, organizase en Ultramar establecimientos análogos á este importante objeto, y en que los deportados, sujetos á una rigurosa disciplina, pudiesen ser útiles á sí mismos y á la sociedad¹¹⁵¹.

Esta deportación se quiere con método, no exclusivamente eliminadora, intencionalmente correccional¹¹⁵². Con estas calidades fue admitida..., pero inaplicada: si los investigadores han dejado suficientemente esclarecida la vigencia efectiva del Código de 1822¹¹⁵³, otra cosa es el problema de sus realizaciones en la faceta aquí interesante, esto es cuando iba necesitada de reformas materiales en las instituciones penitenciarias que, por de contado,

1150 *DSC* 1821-1822, t. II, n° 60, ses. 23-XI-1821, p. 921; cfr. nota IV/1244.

1151 Presentación del PCP 1821, p. 483.

1152 Lo encarece CADALSO, *La pena...*, p. 39.

1153 Cfr. nota III/47.

no tuvieron posibilidad alguna de ser implementadas. La lectura del *Diario de Sesiones del Congreso* puede deparar pruebas o testimonios como el del diputado por la circunscripción madrileña José Alonso, quien certifica veintitantos años después ambos aspectos, tanto el vigor cobrado por la nueva ley penal como su frustrada aplicación a la hora de pasar a la fase ejecutiva de unas sentencias que habían presupuesto, que llegaban pidiendo medios todavía –y por mucho tiempo– inexistentes en la Administración:

[...] en esta larga carrera no hay grado en la magistratura que yo no haya ejercido, con una circunstancia por mi desgracia, y es que no solo me ha tocado siempre estar en Salas criminales, sino hasta presidirlas, tocándome también aplicar el Código del año 1821 y fijar su inteligencia en la Sala del crimen, porque aquel Código no se entendía. / [...] Cuatro meses que nos dejaron los facciosos y los nietos de San Luis administrando justicia con arreglo á aquel Código, resultaron en solo la Audiencia de Zaragoza una porcion de sentenciados á trabajos forzados: ¿y dónde los llevamos? nos preguntábamos unos á otros. No teníamos establecimientos penales, ¿cómo se ha de verificar el castigo de los delitos con arreglo á este Código? Imposible, señores, y es demasiado antiguo en España el dar leyes, el principiar obras de grande importancia para no concluir ninguna¹¹⁵⁴.

El impulso codificador se reveló impotente en sus inicios y desde los pioneros atisbos de una idea renovadora en profundidad hasta la maduración de sus frutos hubo de transcurrir toda la primera parte de la centuria decimonónica, consumida en vencer la inercia de la antigua legislación; el proceso se hace más penoso tras el fracaso de avance tan elaborado como el Código de 1822: cuando pareció llegada la hora de la *revolución* penal, aún restaba en realidad más de un cuarto de siglo de anacrónica tenacidad del ordenamiento absolutista, hasta 1848. En el entretanto, sigue utilizándose la clásica penalidad restrictiva de la libertad ambulatoria, tal vez con algún añadido *moderno*, como el desgaje sustantivo del confinamiento respecto del destierro¹¹⁵⁵. Al fin inminente el demorado éxito codificador en lo penal que supone el corpus de 1848, Escriche o La Serna y Montalbán relacionan las penas en práctica, de otra parte cribadas o puestas contemporáneamente al día por el Reglamen-

1154 DSCCD 1847-1848, t. III, nº 82, ses. 14-III-1848, pp. 1780-1781. A la búsqueda de certidumbres sobre el empleo de la deportación durante el Trienio Constitucional, léase, v. gr., la novela histórica de JOSÉ FRUTOS BAEZA, *El ciudadano Fortún (Memorias de la época de «Los mal llamados Tres Años» y sus alrededores tomadas de viva voz y documentalmente)*, pp. 118-122, 143, 211, apartada de la concepción romántica del género por mor del prurito de documentación y objetividad.

1155 RPAJ 1835, art. 11, párr. 1º.

to Provisional para la Administración de Justicia de 1835: la deportación ha sido borrada –con respecto a 1822– de esta nueva escala o sistematización de penas que al cabo de los siglos viene a sustituir a la pionera –defectuosa además– de la partida VII, y a ello se ajustan ya los publicistas¹¹⁵⁶. Sigamos a otro *práctico* del momento, Ortiz de Zúñiga, que hace lo propio: todavía, en quien habrá de comentarla sobre el venidero Código, la deportación *brilla por su ausencia*, dando a entender por omisión una inexistente raigambre; allí no hay más restricciones de libertad que el destierro y el confinamiento, incluso el *confinamiento á las islas adyacentes*¹¹⁵⁷: las que “[...] no se reputan corporales, como son las de confinamiento á un pueblo del reino, destierro de cierto pueblo ó radio sin salir al extranjero, privación de honores y cargos públicos, inhabilitacion de ejercerlos, pérdida de los derechos políticos, y otras de esta clase”, con “[...] las corporales, que son, ademas de la capital, la de presidio, obras públicas, destierro del reino, prision ó retencion por mas de seis meses”. Y, cuando se molesta en recordar incluso las penas caídas ya en desuso, encuentro en verdad revelador que ni siquiera entre éstas comparezca la deportación o relegación: ya “las penas de azotes, vergüenza, bombas, galeras, minas y arsenales, aunque también se reputan corporales y se establecen en algunas leyes, no están en práctica, y en su lugar se imponen otras arbitrarias. La de confiscación de bienes está expresamente abolida”¹¹⁵⁸. Importantísimo es lo que expone, pródigo en claves, sin solución de continuidad:

No es posible dar una idea exacta del castigo que debe imponerse por cada especie de delitos. Fácil fuera citar los que las leyes establecen; pero su desuso en los tribunales es ya de tal fuerza, que se tendria por un absurdo aplicar un juez ciertas penas [...]. Regla jeneral con muy pocas excepciones: todas las penas por delitos comunes son arbitrarias esto es, dependen del prudente arbitrio de los tribunales [...]¹¹⁵⁹.

1156 Joaquín ESCRICHE, *Elementos del Derecho patrio*, pp. 237-238, en relación con RPAJ 1835, art. 11, párr. 1º; Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española* [1843], t. II, pp. 215-223.

1157 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 200.

1158 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, pp. 197-198. Curiosamente, tiene la confiscación por abolida en virtud del art. 304 CPME 1812, a pesar del feroz anatema fernandino “[...] de declarar aquella Constitución y Decretos nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubieran pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo” (cfr. nota III/31).

1159 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, pp. 198-199.

El año 1843 García Goyena analiza el *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, refiriendo en esta materia de las penas dicho *código criminal español* del momento al Reglamento de 1835, aunque sobre la pauta del arbitrio judicial en su imposición¹¹⁶⁰. En el campo estrictamente penal, nada hay de relegar o confinar en ultramar; ahora bien, ya que tales prácticas como secundaria emanación de potestades ejecutivas quedaban ajenas a su atención, ya que la deportación de las Partidas no podía aparecer por desuso y por su congruente preterición en la norma procesal de 1835, era de esperar al menos una presencia circunstancial en la propuesta comparación con el Código liberal: no lo quiso así el autor. Cabe entender que, si había reos destinados a ultramar, de acuerdo con una estadística judicial exigua en sus proporciones, y no se habla de deportación¹¹⁶¹ es porque ésta se subsumía conceptualmente en el destierro, del que no constituía sino la modalidad sobreagravada, más aflictiva que la simplemente agravada del confinamiento peninsular o adyacente, corriendo en la mayoría de casos como pena arbitraria. Mas, si en cuanto tal pena arbitraria, el destierro con confinación ultramarina tenía algún uso, debió de ser tan fútil como para ahorrar a los tratadistas su atención en particular...

Y, sin embargo, ahí seguía campeando el castigo, como pieza de museo en una de las más conocidas leyes de unas Partidas poco menos que veneradas en la confusa escena jurídica del momento. En conclusión, con Dorado Montero, “puede decirse que nunca ha sido aquí practicada verdaderamente la pena de deportación; pero es menester añadir que nunca tampoco, desde hace bastantes siglos, ha dejado de estar consignada la misma en nuestras leyes”, y es de notar que “esto es lo que ha desorientado á muchos escritores y penalistas, los cuales, al ocuparse de la deportación, incluyen á España entre los países que primero la conocieron y que, á partir de entonces, no la ha [sic] abandonado”¹¹⁶². ¿Conocida teóricamente en una ley con mucho de tratado expositivo?, ¿no abandonada, pero como recurso vergonzante del poder para librarse de presencias molestas? Porque, sin embargo, los cálculos de los historiadores sobrepasan los tres millares y medio de deportados durante los años que van desde la muerte de Fernando VII hasta las agitaciones revo-

1160 GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, pp. 31-33.

1161 V. gr., consúltese Gutmaro GÓMEZ BRAVO, *Crimen y castigo: cárceles, justicia y violencia en la España del siglo XIX*, p. 51. Cfr. nota IV/1171.

1162 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 786.

lucionarias de 1848¹¹⁶³, que aún exacerbarán el cómputo... ¿Cómo engranan estos datos? Dorado realiza aquellas afirmaciones en los albores del siglo XX: entonces, ¿qué hay de la relegación del Código de 1848, la del Código de 1870, a la sazón en todo su vigor?, ¿y, no habiéndose apenas aplicado, cómo fue que se deportó tanto? Adoptemos un orden y veamos cómo de tajantemente hay que entender la aseveración del catedrático salmantino y aquella otra de Cadalso aducida más arriba; Confrontémoslas con otras referencias contemporáneas:

En España existe la relegacion como pena desde muy antiguo: las leyes de Partidas la tomaron del Derecho Romano [...]. Nunca ha desaparecido la deportacion de nuestras leyes penales; la conservaba el Código de 1822 y el actual establece [...] las penas de relegacion perpétua y temporal [...]. Mas á pesar de las prescripciones legislativas, no se ha organizado nunca de un modo serio la colonización penitenciaria, y sólo en momentos dados, y por medida gubernativa, se han enviado á Fernando Póo y á las Marianas á los conspiradores vencidos y algunas veces á los vagos y hombres de mala conducta; pero se ha procedido siempre sin método, sin preparacion ninguna, y no es de extrañar, por tanto, que los resultados hayan sido negativos¹¹⁶⁴.

No basta llenar los buques de delincuentes y arrojarlos como cargamento sobre las playas de las islas, que es lo que se ha hecho hasta ahora, procediéndose con una crueldad indigna de Gobiernos serios y humanitarios. Cuantas veces se han conducido criminales á las colonias, se ha obrado con extraordinaria ligereza, cometiéndose faltas gravísimas que es preciso evitar á toda costa [...]¹¹⁶⁵.

Son palabras de Francisco Lastres en 1875, el mismo año en que Armengol y Cornet explica cómo “en España tenemos la deportación de hecho y de derecho, aunque conocida con el nombre de relegacion ya perpétua, ya temporal, consignada por el Código vigente, como los anteriores, para los delitos meramente políticos”¹¹⁶⁶: una deportación *de hecho* o *por medida gubernativa* y otra *de derecho*, la que atrás queda escrutada a través de códigos y proyectos, mas resulta que

[...] En España, de cuantos jurisconsultos hemos consultado y cuantas obras hemos leído, deducimos la opinion desfavorable á la deportacion, que por otra parte sólo se

1163 Cfr. nota IV/1181.

1164 LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, pp. 30-31.

1165 LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, p. 59.

1166 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, pp. 63-64.

ha impuesto gubernativamente, puesto que las estadísticas publicadas hasta hoy no acusan que se haya impuesto dicha pena en un solo caso por los tribunales ordinarios. Por la jurisdicción militar, por los Gobernadores de provincias y especialmente por el Ministerio de la Gobernación, han sido deportadas varias personas y se han fletado buques para conducir á estos desgraciados á los climas más mortíferos; pero esta irregular arbitrariedad sólo puede citarse para ser censurada, y no como base de un estudio sério ni parte de un sistema penal¹¹⁶⁷.

Retomaremos el discurso de Armengol en breve porque no se detiene aquí, sino que abunda en un tema que debía de parecerle irritante y logra una encomiable crítica coetánea a tales prácticas gubernamentales, con el señero corolario de un discurrir muy a menudo ajeno a la Constitución, a sus previsiones para la suspensión de garantías y a las leyes excepcionales o de orden público. El fiscal del Tribunal Supremo López de Azcutia, tras la invocación de los pertinentes derechos constitucionales, ha de lamentar hasta qué punto

[...] la razon política prescinde muchas veces de semejantes requisitos. / Si nos fuera lícito volver la vista atrás ó pudieran ó debieran ser objeto de este libro recuerdos ya pasados, muchos y muy graves ejemplos podríamos traer á él, para demostrar, que en todos los tiempos, en todas las situaciones y con todos los gobiernos, cualquiera que haya sido la forma aparente, que, com más ó ménos franqueza, con mayor ó menor hipocresía, se hayan adoptado, las Constituciones vigentes han sido siempre lo de ménos y las deportaciones y los extrañamientos, con olvido absoluto del Código y sin intervencion de los tribunales, se han repetido con sobradísima frecuencia y con más acaso de arbitrariedad que de justicia¹¹⁶⁸.

Buen conocedor del mundo jurídico-penitenciario, Cadalso, de nuevo como deponente, sondea la grieta detectada en el ordenamiento en otro texto, de 1895, algo anterior al que arriba aduje, dedicado a “[...] la pena de relegación, que para nosotros es deportación”:

[...] Pero tal pena sólo existe en el Código, pues al presente no tenemos noticia haya alguno que la sufra. Así, pues, los que han sido llevados á Ultramar en épocas de agitaciones políticas, no podían llamarse en realidad deportados, ora porque tales determinaciones se tomaban por autoridad gubernativa y no en virtud de una sentencia dictada por los Tribunales de justicia, ora porque tales providencias obedecían exclusivamente al

1167 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 60.

1168 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 379. Revisense arts. 6º y 31, párr. 3º, de la “Constitución de la Monarquía Española”, de 1 de junio de 1869, en *DSCC*, ses. 1-VI-1869, nº 87, apd. IV [CME 1869].

deseo, ó quizá á la necesidad de alejar de la Metrópoli á elementos perturbadores, ora, en fin, porque la estancia en Ultramar de los que eran transportados no tenía tiempo determinado, ni se atemperaba á un principio fijo, ni se sujetaba á un sistema penitenciario y colonizador. Era la *política del desembarazo ó del despejo* puesta en práctica¹¹⁶⁹.

El Primer Congreso Penitenciario Nacional celebrado en Valencia en octubre de 1909 sigue haciéndose cargo en sus conclusiones de que, en virtud de los susovistos reglamentos reconversores (1870, 1873, 1879, siempre con unísona osadía),

La pena de relegación que figura en nuestro Código, no tiene efectividad en la práctica ni está diferenciada suficientemente, en su expresión legal, de la cadena¹¹⁷⁰.

Más bien, sí que lo está más o menos *en su expresión legal* y nada en su expresión reglamentaria... Otra cosa es que aquélla se logre presentar como aprovechable y eficaz, según se permite dudar Dorado Montero, en cuyo concepto, de entrada, no es la relegación, desde luego, una de las más felices instituciones penales:

Las hay que desempeñan en el Código un papel completamente inútil, ó poco menos. La relegación, verbigracia, precisamente la pena más abonada para la colonización ultramarina [...] y en la que piensan ante todo los que desearían que á ésta se diese gran desarrollo, apenas se ha aplicado nunca desde que está vigente el Código, y en la actualidad no se hace uso de la misma jamás. La misma economía del Código lo impide. Este, que tantas disposiciones ociosas contiene [...], podría ser privado de las que á la relegación tocan [...] sin que para nada se notara su falta, aun no alterando en lo demás nuestro organismo legal, penal, penitenciario y administrativo vigente. / [...] En la *Estadística de la Administración de justicia en lo criminal*, que publica el Ministerio de Gracia y Justicia, figura, sin embargo, impuesta alguna vez la pena de relegación. Pero, sin territorios de Ultramar, adonde mandar á los relegados (art. 111 del Código), ¿cómo dar efecto á las correspondientes sentencias?¹¹⁷¹

Siguiendo el razonamiento de Dorado, que escribe en 1910, la mayor evidencia de la inaplicación de la pena enfocada es que no haya derivado, por acumulación, en colonias penitenciarias:

1169 CADALSO, *La pena...*, p. 16.

1170 Conclusiones ('Sección segunda.- Cuestiones penitenciarias', tema 3º, conclus. 4ª) transcritas por CUELLO CALÓN, "Adiciones", p. 725.

1171 DORADO, "Colonias...", pp. 171-172.

La relegación, [...] de hacerse efectiva, tendría que dar origen á colonias penitenciarias, bien por virtud de medidas del Gobierno que la utilizara, bien espontáneamente¹¹⁷².

De todas maneras, y como conclusión de ello, puede afirmarse que en España jamás ha existido deportación en forma alguna, como no sea en la de relegación, y que aun esta misma pena, como tampoco su similar el confinamiento, jamás ha estado organizada sistemáticamente, ni siquiera por las leyes (reglamentos, etc.), para los fines de la colonización, que es, verdaderamente, lo que más preocupa cuando se piensa en aquellas penas que han de cumplirse en las colonias. Es más, puede decirse que los tribunales no la aplican nunca¹¹⁷³.

¿A qué seguir recabando prueba sobre prueba? Deberemos, visto lo visto, enfrentarnos con esa otra deportación *extramuros* del templo de Temis, parajudicial, en preferencia de la cual parece que dejó de acudirse a la del Código a la hora de reprimir determinadas conductas; nos movemos siempre en el plano de la contravención *política*, y ante una alternativa: la vía *engorrosa* del proceso –pero ahí *los tribunales no la aplican nunca*– la muy expedita de la orden de embarque. Analizada la legislación, consultados los reglamentos, conocido el dictamen o testimonio de los juristas, procede atender a lo que los historiadores generales nos digan, si se da el caso, sobre la deportación, su empleo, sus manifestaciones y sus cifras en ampliación de las alusiones recién transcritas. A guisa de introducción, y para ratificar lo apuntado por los penitenciaristas, bien puede valer un texto de Vilar acerca de

[...] los deportados, numerosos a lo largo de los siglos XIX y XX, pero que lo fueron sobre todo, aparte de Canarias, a las dependencias ultramarinas españolas. A Filipinas e islas del Pacífico en primer lugar, pero también a los presidios del norte de África, y desde la década de 1840 a Fernando Póo y posesiones de Guinea. Ya en el siglo XX al Sahara Occidental, y más exactamente a Villa Cisneros (actual Dajla). Por tanto, en puridad no puede hablarse propiamente de emigración política, ya que si bien fueron expulsados de la metrópoli, no marcharon al extranjero por quedar dentro del territorio nacional y bajo control de los gobiernos de España. Fue por tanto un destierro que no un exilio. Y ello a pesar de la enorme distancia que solía separar el punto de destino respecto al de origen, según es el caso de los españoles deportados a Filipinas y Marianas, o de los cubanos (también españoles) expedidos a Fernando Póo, unos y otros en la segunda mitad del siglo XIX¹¹⁷⁴.

1172 DORADO, “Colonias...”, p. 171 (*ibidem*, p. 165).

1173 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 789.

1174 VILAR, *La España...*, pp. 250-251. Complétese con GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, p. 48.

Del recurso a la deportación también hacia América, de “cómo las colonias de Ultramar fueron utilizadas por el gobierno metropolitano para deshacerse de elementos peninsulares peligrosos y desestabilizadores, y como puntos de confinamiento para exaltados de muy diverso signo y tendencia política”¹¹⁷⁵, se ocupa muy significadamente la investigación conjunta *El exilio español en América en el siglo XIX*: situado ante las comprobaciones, los datos, las cifras que en ella se manejan con miras a su integración en un análisis panorámico, una inferencia más aproximativa que conclusiva podría ser que la América española subsistente (esto es Cuba y Puerto Rico) fue sobre todo para el carlismo *el destino final de un exilio «alejado» de la Península pero «cercano» al control de sus posibles actividades subversivas*¹¹⁷⁶. Castro Antolín achaca a *la carencia de un proyecto colonial* el que desde 1828 la Guinea española se ofreciese a los ojos del gobierno como punto apto para dar en él cumplimiento a la pena presidencial. *Una decidida acción colonial* no la habrá hasta 1858, por lo cual hubo de quedar, en el ínterin, sólo latente la posibilidad de colonización penal con gran presencia en los círculos de debate doctrinal, periodístico y político de la época. Apenas determinado el afianzamiento de la soberanía, la Real Orden de 20 de junio de 1861 establece un presidio en Fernando Poo, adonde en breve comenzarán a afluir *confinados*, según los denomina este autor, quien noticia sucesivos contingentes de deportados a todo lo largo de la centuria¹¹⁷⁷.

Sin embargo, tempranamente, vamos a tropezar ya con una a modo de relegación al margen del Derecho penal, en uso o abuso por parte de la corona y sus gobiernos: sobre el campo de la disidencia política, la deportación como sanción gubernamental se empleó a fondo contra los elementos car-

1175 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, p. 145.

1176 DANIEL RIVADULLA BARRIENTOS, “Prólogo” a *id. et al., El exilio...*, p. 14.

1177 CASTRO ANTOLÍN, *La población...*, pp. 8-13, 43-46, 48-50. V. gr., puede consultarse el *DSCC*, t. I, n° 24, ses. 11-III-1869, p. 426, con la lectura por el diputado Marcos Oria de un telegrama que noticiaba haberse remitido “[...] deportados 300 presos políticos á Fernando Póo”, a lo que siguen sendas preguntas de otro parlamentario, Juan Pablo Soler, al titular de Ultramar sobre la suerte de los insurrectos, *ibidem*, n° 29, ses. 17-III-1869, p. 554, y t. IV, n° 87, ses. 1-VI-1869, pp. 2468-2469, denunciando en esta segunda interpelación el sistemático envío de cubanos “[...] sentenciados sin formación de causa siquiera y por faltas muy ligeras”. Léase FRANCISCO JAVIER BALMASEDA, *Los confinados á Fernando Póo é impresiones de un viage á Guinea*, pp. 9-82; o, en la prensa, “Los desterrados a Fdo. Póo”, en *La Tribuna*, V-11-VIII-1869, y “La odisea de los desterrados cubanos”, en *La Época*, Ma-31-VIII-1869.

listas, con tanta vehemencia cuantitativa (unos dos millares y medio) como cualitativa (por su exacerbada aflicción), pero también contra otro tipo de disidencia –verbigracia, la revolucionaria–¹¹⁷⁸, tanto que, en 1837 y a cinco meses sólo de la Constitución,

Con el fin de evitar inconvenientes, y de que se proceda con todo conocimiento, se ha servido S. M. la Reina Gobernadora resolver que se suspenda el confinamiento de personas de todas clases á las provincias ultramarinas sin previa y espresa Real orden, que ha de obtenerse en el ministerio de marina y gobernación de Ultramar¹¹⁷⁹.

La estimación de Soldevila Oria es de unos tres mil quinientos deportados a ultramar durante el período de 1834 a 1849¹¹⁸⁰, con un dramático repunte al final del segmento. Bien conocidas son –en acuñación galdosiana– *las tormentas del 48* y sus más inmediatas consecuencias para quienes se vieron arrastrados por ellas: de resultas, se multiplicaron las detenciones de implicados y hasta meros sospechosos, con tanto celo oligárquico que

[...] ya no había medio de tirar de la cuerda para detenerla y soltar de sus nudos un solo cuerpo de los que a la proscripción conducía. Narváez era inflexible, y acordadas las deportaciones, se tapaba el rostro la clemencia, pues en todos aquellos que el Estado maldecía, echándoles de casa, estaba bien manifiesta la culpabilidad revolucionaria. ¿Qué sería de un país sin orden público? ¿Y cómo se asegura el orden público sino desprendiendo y arrojando fuera todos los miembros o partes corruptas de la enferma nación?¹¹⁸¹

Asimismo, Martínez Ruiz, con referencia a *los intentos revolucionarios de 1848*, pone de relieve cómo la *represión gubernamental* encontró en las deportaciones su más expedito mecanismo¹¹⁸², arrastrando hasta las Filipinas a unos cuatro millares de alborotadores¹¹⁸³, y esto todavía sin contar

1178 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 145-146, 153-154, 174.

1179 Real Orden “disponiendo que se suspenda el confinamiento de personas de todas clases de las provincias de Ultramar sin previa y espresa Real orden”, de 19 de enero de 1837, en *CLRDO* 2, p. 34. Repásense los arts. 7º y 9º CPME 1837.

1180 CONSUELO SOLDEVILA ORIA, *El exilio español (1808-1975)*, p. 10.

1181 Benito PÉREZ GALDÓS, *Las tormentas del 48*, p. 191. Nuevas referencias del novelista canario a la deportación gubernamental de opositores, entre otras, las hay en *ID.*, “Recuerdos de Madrid”, *Recuerdos y memorias*, p. 72, o *ID.*, *Fortunata y Jacinta*, p. 519.

1182 MARTÍNEZ RUIZ, “La conducción...”, p. 140.

1183 Fernando GARRIDO Y TORTOSA, *La España contemporánea. Sus progresos morales y materiales en el siglo XIX*, p. 79.

que, por las mismas fechas, la reactivación carlina con la sublevación montemolinista y los *matiners* catalanes “[...] también ocasionó deportaciones abundantes hacia suelo americano”¹¹⁸⁴. En 1855, el periodista, jurista y político moderado Rico y Amat, tan socarrón como punzante, define el término en su *Diccionario de los políticos*:

Deportación.- Mudanza de domicilio. Medicina homeopática ensayada con buen éxito el año 48 para curar la fiebre revolucionaria. Los comisarios de policía la recetaron en aquella época á muchos enfermos y no pocos sanos, dando pruebas de médicos activos y celosos. / El gobierno de entonces inventó tan saludable antidoto, llevado de un esceso de prevision paternal, digno de eterna loa. Así que algun ciudadano se sentia atacado de la hidrofobia popular, le tomaba el pulso la policía y con la intencion mas humanitaria del mundo lo enviaban ahí... á Filipinas á mudar de aires¹¹⁸⁵.

Aún estacionados ante el retablillo satírico, tenemos también buena muestra de la pena relegatoria aplicada en 1867 a un *descomedimiento* de injurias por escrito (no delito, pues ni se calificó ni hubo proceso), y cuya imposición da con el político y literato Manuel del Palacio en Puerto Rico, pero *en virtud de un pliego recibido de la autoridad gubernativa*: aunque deje la impresión de habernos salido fuera del contorno de la política, nadie se llame a engaño: la ofendida pudo ser su majestad Isabel II¹¹⁸⁶... El recurso deportatorio prosiguió contando entre las armas gubernamentales durante el resto de la época isabelina, cuyos últimos gobiernos en muchos casos respondieron a conspiraciones y pronunciamientos con su mayor reparabilidad y menor retumbo respecto de la pena capital. Del intento de cohonestar una represión sistemáticamente ejercida contra todo peligro para la oligarquía dominante

1184 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 189-190.

1185 Juan RICO Y AMAT, *Diccionario de los políticos (1855)*, p. 157 (*ibidem*, p. 46, 196). Sobre unas inercias detectadas ya en la Roma clásica, véase, v. gr., TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 727.

1186 Manuel DEL PALACIO, *Un poeta satírico del XIX. Los sonetos políticos de Manuel del Palacio*, pp. 132-135 (véase JAVIER ALVARADO PLANAS, “La Sección de Orden Público a fines del reinado de Isabel II: la represión política a través de los ficheros policiales reservados”, en *id.* (coord.), *Poder, economía, clientelismo*, pp. 160, 180, 220); Manuel DEL PALACIO, *Mi vida en prosa*, p. 186 (el relato de su *relegación*, a lo largo de las pp. 182-216; y en la p. 199, las condiciones usuales de que él queda relevado por graciosa condescendencia del capitán general de la isla, a cuya disposición y bajo cuya custodia se le pone: “[...] vigilancia, y [...] todas esas formalidades de presentación mensual en las oficinas del Gobierno y demás que se acostumbra”).

nació, “[...] recurriendo a la práctica inconstitucional de legislar por decreto materias reservadas a ley”¹¹⁸⁷, la primigenia Ley de Orden Público, de 20 de marzo de 1867¹¹⁸⁸, para afrontar problemas resueltos en casi todo lo que iba de siglo mediante la añeja ley de 17 de abril de 1821, en su día promulgada frente a otros desórdenes y con energía penal en exclusiva¹¹⁸⁹. Las *deportaciones* –me pliego a la denominación comúnmente recibida en la época y en la historiografía– de prisioneros carlistas volvieron con la última guerra, casi siempre entreveradas con el destino al servicio de armas como consecuencia de consejos de guerra o por directa remisión del mando militar¹¹⁹⁰. Por supuesto, su régimen de vida poco tendrá entonces que ver con aquello de que “los relegados podrán dedicarse libremente, bajo vigilancia de la Autoridad, á su profesión ú oficio”¹¹⁹¹; nada más lejos de esto que la organización de la medida en el remoto archipiélago micronésico de las Carolinas: “en Ponape existía una *Compañía Disciplinaria*, con un teniente y veinticinco o cincuenta deportados que colaboraban en la defensa y en los trabajos más rudos de la colonia”¹¹⁹². Incluso cuando la deportación se esgrimió contra comportamientos circunscritos a la actividad política, sin la concurrencia del factor bélico, la custodia y ocupación de los afectados debió de transitar por parecidas angosturas, disfunción quizás achacable a la ingénita carencia de medios con la que hubo de desenvolverse la exigua colonia: “dada la relativa importancia de las islas no se destinó a ellas ningún magistrado, por lo que la administración de la justicia quedó en manos de los gobernadores político-militares [...]. Este funcionamiento de la justicia hacía que los gobernadores tuvieran que ocuparse de más asuntos de los que podían abarcar”¹¹⁹³. Si bien el control, la *vigilancia de la Autoridad* sobre los relegados era competencia propia del jefe político, que lo era el militar, con tal acumulación de atribuciones y contingencias, probablemente, en un asentamiento militarizado y tan precario como lo era el carolino, la organización de la medida referencial nunca podría

1187 ALVARADO PLANAS, “La Sección...”, p. 166.

1188 “Real Decreto, mandando que rija como ley del reino el adjunto proyecto de ley sobre órden público”, de 20 de marzo de 1867 [LOP 1867], en *CLE* 97, disp. 191, pp. 548-572.

1189 FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 169.

1190 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 191 y ss.

1191 Art. 110, 2º párr., CPF 1884, idéntico al 111 CP 1870 y al 109 CPCPR 1879.

1192 María Dolores ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, *España en el Pacífico: la colonia de las islas Carolinas (1885-1899)*, p. 81.

1193 P. ej., ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, *España...*, pp. 99-100.

haber discurrido por otros cauces... A menudo normas de menor rango y escaso eco suelen decir más de lo que constituye su contenido dispositivo. Ya se ve –y se escuchó repetidamente en las Cortes– que las islas Filipinas con las Carolinas se perfilan siempre como el punto de preferencia a la hora de deshacerse del políticamente desafecto, aunque sabemos también que no es el único; en ellas,

El gobernador general Primo de Rivera recibe poco antes de cesar en el cargo [1883] una real orden en la que, reiterando la vigencia de la pena de deportación y exilio, haciéndola extensiva a estas islas, se le dice, no obstante, que este castigo deberá imponerse con grandísima prudencia, a fin de no causar a los filipinos vejación ni injuria indebidas. La pena sólo la podrá imponer el gobernador general y ningún otro individuo u organismo. Además, no debe recurrirse al mismo con frecuencia y únicamente en estricta proporción con la gravedad de la ofensa que se quiere sancionar¹¹⁹⁴.

Pero ¿qué pena es ésta *de deportación y exilio*, exclusiva competencia del gobernador?, ¿la relegación del Código de 1870?: no parece tal; no hay aquí sino la deportación gubernativa con que tan familiarizado estaba, según las muestras, el español decimonónico. Nadie piensa en la escala general de la ley penal vigente. La deportación verdadera en España, sobre el terreno y no sobre el papel, es ésta. La represión se encarnizó con determinadas familias ideológicas, las más inquietantes para el Estado y el *statu quo* sociopolítico: propiamente sus *culebras de cascabel...*, como tales percibidas: en la prosa galdosiana, *todos aquellos que el Estado maldecía, echándoles de casa, todos los miembros o partes corruptas de la enferma nación*¹¹⁹⁵... Así, entre los carlistas, que sabemos tan fustigados desde su primer alzamiento en armas, cuantos fueron apresados con ellas en la mano hubieron de afrontar un consejo de guerra que ante las mayores responsabilidades podía dictar *la deportación a las provincias de ultramar, bien como presidiarios o para cumplir allí un largo y penoso servicio militar*¹¹⁹⁶. Ni que decir tiene que tales deportaciones eran en realidad penas de cadena (sin perjuicio de substanciales deferencias hacia los adalides), contra toda tecnicidad aludidas con la atención puesta en una ejecución remota que las venía a agravar y a caracterizar a los ojos de la opinión pública: ahí tenemos otra explicación a las noticias de *deportaciones o relegaciones* que salpican los escritos del siglo. Sigamos

1194 Antonio M. MOLINA, *Historia de Filipinas*, t. I, p. 266.

1195 Cfr. nota IV/1181.

1196 VILAR, *La España...*, p. 284.

con distintas facciones políticas reducidas a algo así como una deportación: federales o cantonalistas, a centenares, resultaron expedidos por el régimen del Duque de la Torre, más tarde por Sagasta, hacia el Pacífico hispano, las Antillas y Fernando Poo; entre ellos –informa Vilar–, *de los abandonados en los islotes y atolones del archipiélago de las Marianas*, “sobrevivieron muy pocos [...]”¹¹⁹⁷; y otro tanto cabe participar, desde el bienio de 1873 a 1874, de los internacionalistas, del obrerismo de signo ácrata¹¹⁹⁸. En divergencia con la suerte corrida por los insurrectos carlinos, la incidencia tipológica de los métodos deportatorios sobre el exilio liberal (ambos, el *doceañista* y el *trienal*) y sobre el estrictamente republicano no parece haber corrido pareja ni mucho menos¹¹⁹⁹: en estos disidentes lo que predominó fue la versión *escapistista* –para eludir calificarla de *voluntaria*, cuando no lo es– del exilio, esto es la figura del refugiado, del asilado político, pero también a menudo con el apuntalamiento de una disposición proscribiendo su regreso¹²⁰⁰. Mientras que frente al carlismo la *solución* se mantuvo a lo largo de todo el ciclo bélico (la primera guerra, la conocida como de los *matiners*, la intentona montemolinista, la campaña de Carlos VII y hasta durante los armisticios¹²⁰¹), en torno a los hombres del republicanismo patrio lanzados de la Península, se plantea Rivadulla Barrientos una cuestión candente: “¿son exiliados o simplemente emigraron?; dicho en otras palabras: ¿fueron expulsados, desterrados e incluso deportados o se expatriaron por propia voluntad?”; he aquí su respuesta: salvo en la deliberada *expatriación forzada y forzosa (deportación) de “cantonales” e “internacionalistas”*, “[...] ni se trata de una emigración en el sentido más apropiado del término (‘corriente migratoria’), ni participa con exclusividad del carácter de todo exilio entendido preferentemente como ‘destierro forzoso’¹²⁰². Como bien percibe el autor –aun prescindiendo de la tecnicidad jurídica–, solamente en estos dos últimos contingentes de prisioneros, igual que en aquél de los afectos al carlismo, cabe hablar en cierto rigor

1197 VILAR, *La España...*, pp. 276-277. Véanse Daniel RIVADULLA BARRIENTOS, “El exilio republicano”, en *id. et al.*, *El exilio...*, p. 326, y el Marqués de VALDEIGLESIAS, *Setenta años de periodismo (memorias)*, t. I, p. 238.

1198 VILAR, *La España...*, pp. 275-276, 307-309. Véase CASTRO ANTOLÍN, *La población...*, p. 47.

1199 María Teresa BERRUEZO LEÓN, “El exilio liberal”, en Rivadulla *et al.*, *El exilio...*, pp. 33-35, 63-66; RIVADULLA BARRIENTOS, “El exilio...”, pp. 331-353.

1200 Cfr., v. gr., nota V/463.

1201 NAVARRO GARCÍA, “El exilio...”, pp. 189-192.

1202 RIVADULLA BARRIENTOS, “El exilio...”, pp. 323, 342.

de deportación, siquiera sea de aquella que Dorado Montero adjetivaba como *administrativa*¹²⁰³. Por lo general, cuando se habla de deportación en relatos novelescos o memoriográficos de la época, se hace responsable al gobierno de ella: Rico y Amat armaba sobre tal inteligencia la entrada del vocablo en su *Diccionario*¹²⁰⁴; Galdós pone a los allegados de uno de sus personajes, *para impedir que le plantifiquen en las islas Marianas*, a interceder por mediación de *los que más pueden con el Gobierno*¹²⁰⁵; el liberal Estévanez y Murphy, condecorado de las hieles del exilio (“no hay crepúsculos más tristes que los del destierro” –llega a exclamar–), recuerda con zumba cómo en 1874 “el señor García Ruiz, ministro de la Gobernación, quiso deportarme a Filipinas, tal vez en justo castigo de no haber hecho nada”¹²⁰⁶, etcétera. Todo esto recuerda a aquel ostracismo de los griegos, descrito por Posada con un ojo en la Historia y otro en la actualidad *como recurso real no regulado, pero de aplicación positiva*¹²⁰⁷.

Pronto, el Desastre del 98 y el cambio de siglo marcaron el ocaso de esa especie de deportación gubernativa; por supuesto que el poder, como la raposa, no perderá las mañas y seguirá expeliendo represaliados por vía marítima a los enclaves bajo soberanía más distantes: a las Canarias y al Sahara particularmente, mas, habiéndose contenido en la institución del confinamiento la reducción a los territorios adyacentes a la Península, ya no cabrá calificar, ni aun *lato sensu*, de deportación tales prácticas extravagantes al Derecho penal, por supuesto, y tantas veces a todo Derecho. No obstante, según avanzaba la centuria se quiso dar a esos envíos deportatorios cobertura bajo la legislación excepcional de suspensión de garantías constitucionales en salvaguarda del orden público¹²⁰⁸. Hasta la Ley de 20 de marzo de 1867 regían esta materia sucesivas recuperaciones de la de 17 de abril de 1821¹²⁰⁹, pero ésta se comedia a señalar penas –entre las que no ponía la deportación¹²¹⁰– a los perturbadores

1203 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 761.

1204 Cfr. nota IV/1185.

1205 PÉREZ GALDÓS, *Fortunata...*, p. 519.

1206 Nicolás ESTÉVANEZ, *Mis memorias*, pp. 277 y 274, respectivamente.

1207 POSADA, “Ostracismo”, p. 167.

1208 Enjuicia el artificio ARENAL, *Las colonias...*, p. 81.

1209 Véase FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 169.

1210 “Decreto VI, de 17 de abril de 1821”, por el que “se establecen las penas que habrán de imponerse á los conspiradores contra la Constitucion é infractores de ella”, en *CDOGC* 7, pp. 37-45, arts. 3, 4º y 7º, con una penalidad básicamente constituida por expulsión o extrañamiento y por confinamiento.

en ella comprendidos (los infractores de la Constitución), sin poner armas extraordinarias en manos del gobierno. Sólo finado, con Fernando VII, el Antiguo Régimen, comienzan a introducirse en el ordenamiento las garantías personales que están en la base del constitucionalismo, entre ellas:

No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban¹²¹¹.

Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la monarquía, ó en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley¹²¹².

Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban¹²¹³.

Los tres preceptos de la Constitución de 1837 se reprodujeron en la de 1845¹²¹⁴, pero no bastaron para evitar el rosario de deportaciones gubernamentales que documentan los historiadores durante la vigencia de ambas¹²¹⁵, devenidos así algiiunos de sus preceptos, por vía de una ambigua excepcionalidad, en letra muerta¹²¹⁶. Y, aún, tales garantías fueron renovadas y fortalecidas en la de 1869, que reforzaba la declaración del derecho:

Ningún español podrá ser compelido á mudar de domicilio ó de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria¹²¹⁷.

Además, previó ésta, como sus predecesoras, una suspensión de garantías en pro de la seguridad del Estado declarable *por medio de una ley* y

1211 Art. 7º CPME 1837.

1212 Art. 8º CPME 1837.

1213 Art. 9º CPME 1837. Anterior a este precepto constitucional, el RPAJ 1835, art. 12, sentaba: “A nadie puede imponerse pena alguna sin que antes sea oído y juzgado con arreglo a derecho por el juez o tribunal que la ley tenga establecido”.

1214 Arts. 7º, 8º y 9º CME 1845.

1215 Véase ALVARADO PLANAS, “La Sección...”, pp. 163-166. Cfr. notas IV/1180, IV/1183 y IV/1184.

1216 Antonio MORALES VILLANUEVA, “Orden y seguridad pública (1800-1844)”, en vv. aa., *España en la época de la fundación de la Guardia Civil*, p. 130.

1217 Art. 6º CME 1869; este precepto fue luego art. 8 en el “Proyecto de constitución federal de la República Española”, de 1873 [PCFRE 1873], en SEVILLA ANDRÉS (ed.), *Constituciones...*, t. I, pp. 558-572.

siempre vehiculada de acuerdo con *la ley de orden público establecida de antemano*¹²¹⁸,

Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del reino, ni deportar á los españoles, ni para desterrarlos á distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio¹²¹⁹.

Puesto que “los delitos que se cometan con ocasion del ejercicio de los derechos consignados en este título serán penados por los Tribunales con arreglo á las leyes comunes”¹²²⁰ –se parapeta la Constitución–, integradamente, uno de los tipos del nuevo Código promulgado el año siguiente consistió en que

El funcionario público que deportare ó extrañare del reino á un ciudadano, á no ser en virtud de sentencia firme, será castigado con la pena de confinamiento mayor y multa [...] ¹²²¹.

Como se anota enseguida por los comentadores, “tambien decia el Proyecto *confinamiento mayor*, lo cual debe ser una errata, porque en la escala general de penas encontramos la de *confinamiento*, y no la de *confinamiento mayor*”¹²²², precisamente suprimida por este Código de 1870, que unificaba la subtipología de 1848¹²²³. Ello al margen, en lo que no caben dudas es en que las atribuciones trasvasables al gobierno para la salvaguardia y preservación del

1218 Art. 31, párrs. 1º y 2º, CME 1869.

1219 Art. 31, párr. 3º, CME 1869.

1220 Art. 23 CME 1869. Además, el 22 CME 1869 prescribía que “no se establecerá ni por las leyes ni por las Autoridades disposicion alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en ese título”. Compárense los arts. 21 y 22 PCFRE 1873.

1221 Art. 222 CP 1870, pero además concurren otros preceptos, como el 204.1º CP 1870: “El funcionario público que arrogándose atribuciones judiciales impusiere algun castigo equivalente a pena personal, incurrirá: / 1º. En la pena de inhabilitacion absoluta temporal, si el castigo impuesto fuere equivalente á pena aflictiva”; o el 205 CP 1870: “Si la pena arbitrariamente impuesta se hubiere ejecutado, además de las determinadas en el artículo anterior, se aplicará al funcionario culpable la misma pena impuesta y en el mismo grado. / No habiéndose ejecutado la pena, se le aplicará la inmediatamente inferior en grado, si aquella no hubiere tenido efecto por causa independiente de su voluntad”. Véase GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], p. 238.

1222 “Notas” a CP 1870, ed. cit., p. 99.

1223 Arts. 24 CP 1848 y 26 CP 1870.

orden público nunca podrían abrazar la deportación, de manera que su práctica no se verá regularizada por la nueva Ley de orden público, de 23 de abril de 1870¹²²⁴. Reflexionaba Benjamín Constant (1767-1830), observador por supuesto del caso francés, acerca de que “el gobierno actual es el primero de todos los que Francia ha tenido que ha renunciado formalmente a esta prerrogativa terrible en la Constitución que ha propuesto”, refiriéndose al arma del destierro o extrañamiento, pero comprende que “no basta una simple declaración, hacen falta salvaguardias positivas, cuerpos bastante poderosos para emplear a favor de los oprimidos los medios de defensa que la ley escrita consagra”; y una insuficiencia en este sentido, el arrinconamiento de los tribunales, llevará a que lo proclamado con toda la solemnidad de los principios –de tan trabajosa consecución, por otra parte– se quede en altisonante nada: por tan azarosos caminos, mediante arrestos o destierros *sin el debido proceso*, “dése a los depositarios de la autoridad ejecutiva el poder de atentar a la libertad individual y se aniquilarán todas las garantías, que son la primera condición y el único fin de la reunión de los hombres bajo el imperio de las leyes”¹²²⁵. Por lo visto, en el caso español, ni siquiera la defensa penal ha sido suficiente: como clamará Luis Jiménez de Asúa, agredido él mismo en sus derechos ciudadanos, “animados por la impunidad, los gobernantes [...] han proseguido sus métodos y los confinamientos continuaron, con grave ofensa del Código penal”¹²²⁶; es más: cuando destierro y confinamiento se hayan podido poner en sus manos dentro de ciertas limitaciones espaciales y garantías, nunca pudo ocurrir así, conforme a Derecho, con la deportación, tan terriblemente detentada.

Las Autoridades y funcionarios civiles y militares, que aun hallándose en suspenso las garantías constitucionales, establecieron una penalidad distinta de la prescrita previamente por la ley para cualquier género de delitos, y los que la aplicaren, incurrirán respectivamente, y según los casos, en las penas señaladas en los tres artículos anteriores¹²²⁷.

Por encima de cualquier previsión del legislador triunfa, *manu mili-*

1224 “Ley de orden público”, de 23 de abril de 1870 [LOP 1870], en *CLE* 103, disp. 218, pp. 470-488.

1225 CONSTANT, *Principios...*, pp. 163 (por Constitución hemos de entender el Acta Adicional a las Constituciones del Imperio, de 25 de abril de 1815, redactada por el propio publicista, con su ideario liberal puesto al servicio del emperador), 156, 160-161, respectivamente.

1226 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas de un confinado*, p. 20 (*ibidem*, p. 57).

1227 Art. 207 CP 1870.

tari, una razón de Estado (¿de gobierno?) que arrolla Códigos y aun Constituciones¹²²⁸. Apenas promulgada la de 1876 el relámpago de un sofocado debate ilumina en las Cortes algunas conciencias¹²²⁹: se han sucedido las suspensiones de ciertas garantías constitucionales consignadas en el ya desprestigiado texto de 1869¹²³⁰; ahora, con su sucesor ya vigente, pretende el gobierno prorrogar tan omnímodas facultades, concedidas en gravísimas circunstancias de guerra civil. La protección fundamental ha variado, ahondando la laxitud de 1837 y 1845, porque introduce un inquietante *mandato de Autoridad competente* que podía rondar el extrarradio de *los casos previstos en las leyes*:

Ningun español podrá ser compelido á mudar de domicilio ó residencia sino en virtud de mandato de Autoridad competente, y en los casos previstos por las leyes¹²³¹.

Ningun español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban¹²³².

Las garantías expresadas en los artículos 4º, 5º, 6º y 9º [...] no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias¹²³³.

Las diferencias respecto a 1869 no pueden ser más notorias ni más crecidas: entonces, la Constitución procuró fijar la extensión y el límite para cada derecho, desconfiando del desarrollo de rango inferior; ahora vuelve a caerse en ese limbo de la posterior regulación por ley que llegará tarde, mal y nunca¹²³⁴... Retomando el intento Pero el gobierno primero de la Restaura-

1228 Léase, v. gr., al Marqués de MIRAFLORES, *Memorias del reinado de Isabel II*, t. III, pp. 262 y ss., 357.

1229 *DSCCD* 1876-1877, t. V, ses. 8-VII-1876, pp. 2838-2857, y 15-VII-1876, pp. 3090-3146.

1230 “Ley, autorizando al Gobierno de la República presidido por D. Francisco Pi y Margall para adoptar desde luego todas las medidas extraordinarias que exijan las necesidades de la guerra”, de 2 de julio de 1873, en *CLE* 111, disp. 605, p. 6; “Decreto, suspendiendo en todo el territorio de la República las garantías consignadas en la Constitución de 1869, y mandando que rija desde la fecha la Ley de orden público de 23 de Abril de 1870”, de 5 de enero de 1874, en *CLE* 112, disp. 21, pp. 25-26. Por lo demás, consúltese Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, p. 106, 110.

1231 Art. 9º CME 1876.

1232 Art. 16 CME 1876.

1233 Art. 17 CME 1876.

1234 Véase TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia...*, pp. 93, 116.

ción, en vez de la prórroga de facultades extraordinarias mediante el voto de confianza se encuentra con una durísima invectiva en boca de León y Castillo: la dictadura *ministerial* o *comisarial*¹²³⁵; escuchémosle:

Señores Diputados, el Gobierno ha venido ejerciendo la dictadura antiparlamentariamente desde que las Córtes se reunieron, ó por lo ménos desde que se constituyeron. / [...] Habéis ejercido la dictadura en presencia de las Córtes y sin autorizacion de las Córtes. / [...] Varias veces, Sres. Diputados, se han suspendido en España las garantías individuales, pero siempre con autorizacion de las Córtes, y siempre los Gobiernos que de la suspension de garantías han usado, se han presentado á las Córtes á pedir un *bill de indemnidad* ó autorización para continuar ejerciendo la dictadura. / Habéis violado la Constitucion, y no necesito yo hacer grandes esfuerzos para demostrarlo. El art. 17 de la Constitucion que se ha promulgado hace ocho dias, de la Constitucion elaborada bajo el ala protectora de ese Gobierno. [...] ¿Estamos en circunstancias extraordinarias, como señala el art. 17 de la Constitucion? ¿Se ha presentado la ley de suspension de garantías que señala el art. 17 de esta Constitucion? [...] ¿Teneis noticia de esta ley? ¿Se ha discutido? ¿Se ha sancionado? ¿Se ha promulgado? Pues si esta ley no se ha discutido, ni se ha sancionado, ni se ha promulgado, ¿cómo están suspendidos los artículos 4º, 5º, 6º y 9º y párrafos primero, segundo y tercero del art. 13? ¿No? ¿Han sido suspendidos por los procedimientos, con los requisitos que la Constitucion señala? No. Luego están suspendidos ilegalmente; luego están suspendidos inconstitucionalmente; luego la Constitucion del Estado, la ley de las leyes, en lo que tiene de más fundamental ha sido violada por ese Gobierno. / ¿Dónde están los autores de esa violacion? Tranquilamente, al parecer, sentados en ese banco; en cualquier país constitucional no estarian sentados en el banco del Gobierno, sino en otro banco. ¿Para qué y para cuándo sirve la responsabilidad ministerial de que hablan todas las Constituciones del mundo? Yo acuso á ese Gobierno de haber violado la Constitucion del Estado, y descargo acusándolo mi conciencia, porque he cumplido con mi deber¹²³⁶.

Prosiguió León y Castillo vaticinando lo que en efecto sucedió: “ya sé yo que esta acusacion mia va a quedar sepultada bajo el peso de vuestro votos” ...¹²³⁷, escudado el ejecutivo en que “sólo no estando reunidas las Córtes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspension de garantías [...], sometiendo su acuerdo

1235 ANTONIO RIVERA GARCÍA, *Reacción y revolución en la España liberal*, pp. 272-273, 290.

1236 DSCCD 1876-1877, t. V, ses. 8-VII-1876, pp. 2839-2841. Atiéndase a GONZALO DEL CASTILLO ALONSO, “Garantías constitucionales”, en *EJE*, t. XVII, p. 38; repásese el art. 17, párr. 2º, CME 1876.

1237 DSCCD 1876-1877, t. V, ses. 8-VII-1876, p. 2841. Léanse las memorias de este orador liberal, FERNANDO DE LEÓN Y CASTILLO, *Mis tiempos*, pp. 179, 183.

á la aprobacion de aquéllas lo más pronto posible”¹²³⁸. La suspensión resultó validada y prorrogada, pero ¿era equiparable aquella hora de flamante paz a la de guerra civil abierta por partida doble en los frentes carlista y cantonalista..? Con la contención de ofrecer unas pinceladas panorámicas, sírvanos este episodio parlamentario como muestra de la tensa coexistencia de garantías y suspensiones, también como nueva evidencia de la frecuentación de un arbitrio deportatorio desbordante de los cauces judiciales¹²³⁹. Ahora bien, este

1238 Art. 17, párr. 2º, CME 1876. Desde la bancada gubernamental en la Cámara Baja se reivindicaba: “por consecuencia, el deber del Gobierno estará reducido á dar cuenta á las Córtes de esa suspension de garantías que él no decretó, sino que heredó de sus antecesores. [...] Si las garantías no hubieran estado suspendidas; si el Gobierno hubiera querido suspenderlas, indudablemente hubiera tenido necesidad de presentar aquí un proyecto de ley, sin cuya aprobacion y la sancion de la Corona no hubiera podido surtir los efectos consiguientes; pero cuando no se trata de eso, sino de las garantías suspendidas en tiempos anteriores y de que con asentimiento de las Córtes ha venido usando, lo único que la Constitucion prescribe es que se dé cuenta del decreto, y cuenta ha dado el Gobierno en el debate del mensaje, y está dándola en este momento, aceptando una proposicion de un individuo de la mayoría para que se discuta si esa suspension debe ó no continuar” (*DSCCD* 1876-1877, t. V, ses. 15-VII-1876, p. 3091). Redarguye Sagasta: “os habéis declarado impotentes para la gobernacion del Estado con la dictadura; os declarais ahora impotentes para regir los destinos del país sin las facultades extraordinarias. ¿Queréis, pues, las facultades extraordinarias? Sea en buen hora, pero pedidlas al único Poder que os las puede conceder, y en la forma y extension en que las podeis pedir” (*ibidem*, p. 3113).

1239 En este mismo debate se desgranar algunas cifras a guisa de munición para la batalla dialéctica que enfrenta a los dos partidos; así, Romero Robledo, ministro de la Gobernación, echa en cara a los liberales sus antecedentes: “este Gobierno [...] busca los autores y directores de las perturbaciones, y jamás llevará á esos desgraciados á Filipinas, como hizo el partido constitucional, ni vendrá á pedir un crédito extraordinario para pagar el pasaje de aquellos infelices, de aquellos anónimos, de aquellos 2000 ciudadanos trasplantados á los países más inhospitalarios, á los climas más rigurosos. / El anónimo, el pueblo, siempre adulado y siempre explotado, ha pagado luego las necesidades del órden social ante los poderes que querian restablecerlo despues de haberlo perdido. En esta comparacion solo tengo que decir que el Gobierno actual, y tengo aquí los datos, solo ha deportado á Fernando Póo 21 individuos por secuestradores; comparad esto con los 1600 individuos desterrados por otros Gobiernos” (*DSCCD* 1876-1877, t. V, ses. 8-VII-1876, p. 2848); “¿qué más, señores, si se registra el hecho de haber deportado á Filipinas á un niño de 14 años, que todo el delito que habia cometido consistia en haber arrojado una piedra y romper no sé que objeto de tráfico á un vendedor en una capital de España, y sin enterarse del nombre del niño, y á pesar de no tener más de 14 años, ha sido deportado? ¡Vaya un criminal!” (*DSCCD* 1876-1877, t. V, ses. 15-VII-1876, p. 3120); y Cánovas del Castillo coad-

discurrir por las altas esferas de la política y el gobierno sin duda ha de dejar la impresión de que, discutibles o no, los usos de la deportación gubernativa nunca fueron meridianamente inconstitucionales, porque siempre los amparó la propia norma fundamental con la previsión de un procedimiento para la suspensión de sus garantías y las leyes de orden público y excepción que en su conformidad se fueron dictando frente a imperiosas contingencias. Es hora de volver a la memoria redactada por Armengol, según quedaba antes anunciado, y atisbar en ella hasta qué punto incluso esta cobertura pudo quebrarse:

[...] En España, muy sabido es ya que nuestras Filipinas, Marianas, Fernando Póo, y aun las Canarias, han sido el cómodo desahogo que se han tomado constantemente los gobiernos de todos los matices y de todas las fracciones políticas para relegar allí, ya gubernativamente, ya después de la acción de los Tribunales, á gran número de personas; pero, sin embargo, no hay nada que merezca seriamente el nombre de colonias penales. Estas posesiones han prestado ocasión á toda clase de arbitrariedades y abusos que han hecho tan célebres en España las cuerdas de Leganés y las deportaciones á Ultramar.

Este es, sin duda, el escollo capital que se presenta respecto á nuestra patria: el estudiar y buscar solución á ciertas cuestiones que los gobiernos en su pasión política, en la comodidad de alejar elementos contrarios de la Metrópoli, han resuelto de un modo ilegal, injusto, arbitrario, antihigiénico y antieconómico. Estos tildes y reparos para nada se toman en cuenta dadas ciertas circunstancias, y ha bastado la delación de un estúpido polizonte, y el afán de méritos de un gobernador de diminuta talla, para que sin expediente

yuva afirmando que “hay relegados en las islas Marianas y en otros puntos, como en Africa, mil y tantos españoles, más de 1000 españoles, por orden de Ministerios á que el Sr. Sagasta ha pertenecido” (*ibidem*, p. 3138). Sagasta se revuelve: “empiezo por declarar, sin temor á la contradicción, que á Filipinas, no solo no se mandó á ningun hombre político, sino que no se mandó á ninguno á quien, sin serlo, delito político se le atribuyera. [...] Dolorosa fué sin embargo la necesidad en que el Gobierno se vió de adoptar medida tan irregular. En medio de una sociedad perturbada; enfrente de dos enemigos del reposo público armados y potentes; sin fuerza apenas para poderlas, no digo combatir, sino contener; sin los elementos necesarios para hacer respetar su autoridad, y lo que era peor, sin medios para sostener á los jueces en sus puestos, de los cuales no podían tomar posesion sin peligro de la vida; humeantes todavía las ruinas producidas por los incendios de Sevilla; teñidas en sangre las calles de Montilla y de Alcoy, y gozando de libertad é inundando el país como lava abrasadora los presidiarios de Cartagena, ¿qué habia de hacer aquel Gobierno ante una sociedad atribulada y huida que le demandaba protección instantánea y amparo contra tantas calamidades y crímenes? [...], ¿á qué punto de la Península llevaba el Gobierno en momentos tan terribles aquellos elementos que no produjeran el mismo espanto que habian dejado en el punto de donde los sacaba?” (*ibidem*, p. 3110).

y sin motivo justificado, se hayan deportado centenares de personas sin más delito que la división política, el desagrado del cacique, si no la venganza personal, convirtiendo así nuestras posesiones de Ultramar en depósitos abigarrados é indefinibles de personas de todas procedencias, sin medios y sin recursos para vivir, sin disposiciones sábias y meditadas para lograr una colonización propiamente tal. Si España fuera un país aficionado á las estadísticas, en verdad espantarían las cifras de dinero y de personas sacrificadas á la deportación y las sumas invertidas en las expediciones de tantos desgraciados¹²⁴⁰.

Parece que, dependiendo de la coyuntura sociopolítica del momento, bastaba bien poco para verse remedando a Elcano, Legazpi y Urdaneta en la ruta de las especias; luego, cuando un trance de generalizada alarma nacional abocaba en la suspensión por ley de las profanadas garantías y libertades, entonces los números de deportados se multiplicaban exponencialmente y ahí venían las *célebres cuerdas* y los millares de *desgraciados*... Llegábamos arriba hasta el ecuador de la centuria decimonónica sin una efectiva deportación o relegación en el panorama jurídico-criminal español: a principios del siglo XX Dorado ventilaba una lánguida vigencia al margen de los usos represores del poder ejecutivo con aseverar “[...] que nunca ha sido aquí practicada verdaderamente la pena de deportación”¹²⁴¹ y Cadalso se apoyaba en la propia experiencia profesional para asegurar que a lo largo de toda ella “[...] no he tenido noticia de que haya habido delincuentes sentenciados á relegación”¹²⁴². ¿Qué había ocurrido con la pena de deportación entre tanto?, ¿no había corrido una vida estrictamente judicial y paralela a las expeditivas medidas gubernamentales *de excepción*?, ¿qué acontecía cuando un encausado por delito al que el Código Penal aparejaba pena de relegación, perpetua o temporal, era al cabo del juicio hallado culpable por el juzgador en su sentencia?: sin duda había de imponerle la pena legal, una relegación, ¿y, entonces, qué hacía la Administración con este reo que los tribunales le encomendaban para la ejecución de una de las penas recibidas por el ordenamiento jurídico-criminal?

Es preciso retroceder un tanto a fin de tomar la perspectiva adecuada del problema. En trámite el Proyecto de Código de 1821, el Colegio de Abogados de Granada, entre otras voces, “expone la dificultad de la falta de establecimientos de castigo, por no ser fácil realizar la deportación”¹²⁴³. A nadie

1240 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 20 (*ibidem*, p. 101).

1241 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 786, corroborado por CUELLO CALÓN, *Penología*, pp. 214-215.

1242 CADALSO, “Ponencia...”, p. 789.

1243 DSC 1821-1822, t. II, n° 60, ses. 23-XI-1821, p. 922.

puede sorprender esto, habida cuenta de lo que sabemos respecto a la deportación dieciochesca. A Calatrava no le queda sino reconocer que “faltan esos establecimientos, es una verdad; mas la comision ha contado con que deben formarse para cuando se ponga en ejecucion el nuevo Código. Aprobado lo que en este se propone acerca de ellos, ha creído la comision que desde luego se debe encargar al Secretario del Despacho á quien corresponda, no solo la formacion de esos establecimientos, sino tambien la de los reglamentos que deben gobernarlos. En estos se prescribirá cuáles han de ser las ocupaciones de los reos, y de qué fondos han de mantenerse. Semejantes pormenores entiende la comision que no son propios del Código penal”¹²⁴⁴. La confutación, no del todo aplacada, rebrotará durante el debate parlamentario¹²⁴⁵, mas sabemos que, no ya *esos establecimientos*, pero ni aún *la ejecución del nuevo Código* gozó de muchas oportunidades... Con más extensos horizontes accede al ordenamiento la relegación del Código de 1848 y, al menos, encuentra medio de echar a andar; todavía el Real Decreto sobre cumplimiento de sentencias judiciales de 1855 reglamentaba con ajustada normalidad su ejecución¹²⁴⁶, aunque en definitiva lo impuesto, lo corriente fuera la *deportación* policial que emerge en los testimonios: recordemos, entre los antecedentes, a Rico y Amat con su *Diccionario de los políticos*, de ese mismo año de 1855; pero, sin perder nunca de vista tal analogía gubernativa, cursada y boyante, permanezcamos en los dominios de la penalidad. Es el momento de traer a colación los decretos del 5 de diciembre de 1870, del 16 de julio de 1873 y del 1 de septiembre de 1879, con sus disposiciones distribuyendo a los relegados en distintos presidios¹²⁴⁷; y considerémoslos a la luz de la madrugadora crítica de Luis Silvela al último de ellos, firmado precisamente por su hermano menor Francisco, a la sazón titular de aquel ramo ministerial, cuando ordena

[...] lo mismo que lo habian establecido otros, que los condenados á relegacion perpétua serán conducidos á los presidios de Alhucemas, Ceuta, Chafarinas, Melilla y Peñón de la Gomera; los condenados á relegacion temporal, á los de Palma de Mallorca, Cartagena, Santoña, Tarragona y Zaragoza. Lo cual, como puede fácilmente observarse, no es muy conforme á lo dispuesto en el Código, pues por un lado, ninguno de esos presidios reúne la circunstancia de estar colocado en Ultramar, y por otro, se sujeta al condenado

1244 DSC 1821-1822, t. II, nº 60, ses. 23-XI-1821, p. 926.

1245 Cfr. notas IV/89, IV/145 y IV/224.

1246 RDCSJ 1855, arts. 3º y 7º.

1247 Art. 3º del D. de 5 de diciembre de 1870 cit., art. 2º, párrs. 1º y 2º, del D. de 16 de julio de 1873 cit., y art. 4º, párrs. 1º y 2º, del R. D. de 1 de septiembre de 1879 cit.

á la gravísima pena de hallarse en el mismo sitio donde se encuentran los mayores criminales, pudiendo apenas moverse dentro de un círculo estrechísimo, é imposibilitado de dedicarse libremente, aunque bajo la vigilancia de la autoridad, como quiso y dispuso el legislador, á su profesion ú oficio; sobre todo si es trasladado á los presidios de Africa, que son verdaderos puntos militares sujetos á un régimen especial¹²⁴⁸.

Comienza Silvela diciendo que esto es lo mismo que habían establecido otros, recordando sin duda los dichos decretos de 1870, de 1873 y acaso alguna muestra más de tan llamativo desatino, aunque la plétora de disposiciones directivas del ámbito penitenciario que menudean durante la segunda mitad del siglo XIX y primera del XX no suele reparar en las penas restrictivas de la libertad ambulatoria (dense, por todos, sólo los ejemplos de la ley de 18 de julio de 1866 o los reales decretos de 11 de agosto de 1888 y de 10 de marzo de 1902¹²⁴⁹) y el mal uso debió de correr, salvo en estos casos, por la vía fáctica, de la rutina administrativa y de las demasías autoritarias; así lo atestigua cierto Real Decreto de 6 de noviembre de 1885, al dar fe en su preámbulo de que esto, no la ley penal, era precisamente lo aplicado en la fase ejecutoria¹²⁵⁰. Con ello tenemos que, si las diferencias legales entre la relegación y la cadena presidial están muy claras, resulta sobre el terreno –sobre la realidad penitenciaria denunciada en 1909 por el Congreso de Valencia¹²⁵¹–, que los relegados acaban reclusos cuando nunca debían estarlo, en tanto que los reos de cadena deambulan libremente por la plaza fuerte norteafricana, libres de hierros, cumpliendo su condena con acudir al desempeño de algún trabajo, no sólo militar de fortificación –faena de braceros, al fin y cabo, sin necesario tinte afflictivo–, sino igualmente civil de servicio a la población¹²⁵². El problema estriba en que, si la ejecución de la pena consiste *en poner en*

1248 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 505-506, avalado por ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 783.

1249 “Ley, estableciendo reglas para el cumplimiento de condenas”, de 18 de julio de 1866, en *CLE* 96, disp. 433, pp. 94-95; “Real Decreto, determinando los establecimientos penales en que deben extinguirse las distintas clases de penas”, de 11 de agosto de 1888, en *CLE* 141, disp. 117, pp. 426-430; y “Real Decreto reformando la actual clasificación de los Establecimientos penales”, de 10 de marzo de 1902, en *CLEAC* 11, disp. 142, pp. 417-422, donde, a la manera de tantos otros, como el de 6 de noviembre de 1885 cit., se omite la categoría penal acá manejada (NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 593; SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 103).

1250 Cfr. nota IV/1256.

1251 Cfr. nota IV/1170.

1252 Cfr. nota IV/582.

práctica rigurosamente y sin la menor variación su contenido legalmente descrito, yendo al frente en busca del foco de los desajustes, cabe recelar que todo el problema derive de haber sustraído tal fase al control judicial¹²⁵³.

De la ejecución de las penas de restricción de libertad [...] la autoridad administrativa [...] es realmente la encargada de la ejecución y cumplimiento de estas penas, y quizá en ninguna pueda esta disposición ser más disculpable¹²⁵⁴.

Respecto á las penas que se encarga de hacer cumplir la autoridad administrativa, la judicial termina su cometido, como cesa su responsabilidad, entregando el reo y el testimonio de sentencia al funcionario administrativo que corresponda. Despues, sólo le queda la inspeccion, ó sea el vigilar sobre el cumplimiento, y el derecho de acudir, para que se remedie el abuso, á quien esté encargado de que la pena se cumpla¹²⁵⁵.

Ni tan siquiera se ocupó de las relegaciones, en 1885, ese otro Real Decreto, de 6 de noviembre, “reformando la clasificación de los establecimientos penales para los efectos administrativos”, bien que sugiere más de lo que dice respecto a estas dos penas, o dos modalidades de una misma; observa en su preámbulo *el Ministro que suscribe*, a la sazón Fernández Villaverde:

Para el cumplimiento de las condenas de cadena, reclusión y relegación perpetuas, están designados en el Real decreto de 1º de Septiembre de 1879 los establecimientos de Ceuta, Melilla, Alhucemas, Chafarinas y el Peñón de la Gomera, teniendo en conjunto capacidad para 3160 plazas, la cual á todas luces resulta excesiva, aun tomando en consideración la manera defectuosa con que hasta el día ha venido calculándose, puesto que el número de sentenciados á ese orden de condenas en todo el territorio de la Península, no pasa de 1351.

Los establecimientos de Cartagena, Palma, Tarragona, Zaragoza y Santoña, con una capacidad total de 5250 plazas, están designados para que en ellos se extingan las condenas de cadena, reclusión y relegación temporales. Acertado resulta este señalamiento en cuanto á la capacidad, puesto que la práctica ha venido á demostrar, que el contin-

1253 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 479, con la sola lectura del art. 100 CP 1870 (arts. 87 CP 1848 y CP 1850), pero *ibidem*, p. 456. Se trata de un problema con múltiples aristas que ya se planteaba el codificador de 1848 (v. gr., *DSCCD* 1847-1848, t. III, nº 83, ses. 15-III-1848, p. 1790) y alrededor del cual acabó por disponer el art. 920 LPEC 1872 que “la inspeccion y facultades de los Tribunales en el cumplimiento de las penas, cuya ejecucion corresponde á la Autoridad administrativa, se ejercerán del modo y en la forma que determinen los reglamentos especiales”.

1254 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 504 (*ibidem*, t. I, pp. 456-457).

1255 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 474.

gente de penados de tales clases, se acomoda próximamente á la cabida asignada á dichos establecimientos; pero conviene hacer algunas modificaciones en su situación, pues hay extensísimas regiones que no cuentan establecimiento alguno en que puedan cumplirse aquellas condenas¹²⁵⁶.

Pues bien, no hay una sola alusión más a las relegaciones, ni para bendecir la anómala situación creada por la normativa precedente ni para atajar el abuso: el nuevo Real Decreto reordena la asignación de las otras penas, las privativas de libertad¹²⁵⁷, sin entrar en éstas, restrictivas, con haberlas tenido presentes en la exposición de motivos, como no podía dejar de hacer, con la vista sobre el Real Decreto de 1879. Ello puede significar, a mi entender, que probablemente no pareció preciso molestarse en reglamentar una penalidad fuera de uso, inaplicada: ante la acuciante penuria de medios y consignaciones, ¿para qué repetir el desviado mandato?, ¿para qué tratar de soluciones a un problema sólo teórico? Si alguna vez habían de aplicarse estas penas ya se resolvería el problema sobre la marcha, probablemente acudiendo al Real Decreto referido. Navarro de Palencia, que escribe en 1911, bajo el Código de 1870 todavía, arranca de la constatación de que “por su parte la jurisprudencia, actividad judicial por antonomasia, poco ó nada ha tenido que hacer en esta materia del contenido substancial de las penas. Entregada dicha función de un modo casi privativo á la facultad reglamentaria de la Administración general, su papel hase reducido á contemplar cruzada de brazos, como se desmoronaba, por incumplimiento, el tan complejo edificio que la ley levantara”¹²⁵⁸. Correccionalista a ultranza, se rebela contra la defraudación del *nullum crimen, nulla poena sine lege* mediante *reglamentos especiales*¹²⁵⁹; lo que para la restricción ambulatoria penal para en que

[...] Su contenido se transforma en verdadera privación de libertad. Debe ser cum-

1256 R. D. de 6 de noviembre de 1885, exposición de motivos, p. 1630. En lo sucesivo, *se olvida* de las relegaciones, de estas dos solas penas, dejando en el aire la cuestión de su lugar de cumplimiento o asintiendo con el silencio ante su *statu quo*, máxime cuando, como cierre, “las anteriores disposiciones no tendrán efecto retroactivo, y por lo tanto el actual contingente penal de cada uno de los establecimientos continuará en los mismos, aun cuando se haya variado su clasificación respectiva” (*ibidem*, art. 26); claramente, a los relegados no se les ha variado...

1257 R. D. de 6 de noviembre de 1885, art. 1.

1258 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 593.

1259 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 650-651, glosando el art. 100, párr. 1º, CP 1870.

plida ‘dentro del radio á que se extiendan los límites del *establecimiento penal*’ (artículo 111). Ahora, la clasificación de los establecimientos penales, como función administrativa ha sido siempre hecha por la Administración; y ésta se ha cuidado poco de investigar la verdadera naturaleza de tales delitos ni de tales penas, fusionándolas, para los efectos de cumplimiento, con todas las demás afflictivas que privan de la libertad. Por otra parte, [...] estas formas de represión no se han cumplido nunca en Ultramar. Por el contrario, son los relegados de Ultramar los que han venido á cumplir sus condenas en nuestros Presidios peninsulares y de Africa. De donde, si se tiene en cuenta que tanto en unos como en otros, el desenvolvimiento disciplinar de la pena es substancialmente idéntica [*sic*] para todos los reclusos, habremos de reconocer que el texto íntegro del Código y sus tres casos genéricos de aplicación para acciones ú omisiones de carácter estrictamente políticos [...] no se han cumplido jamás. El reo de semejantes delitos, viene á confundirse, por un desarrollo absurdo de principios, con el de asesinato, robo complejo, etc.; con la *élite* de la criminalidad¹²⁶⁰.

Silvela había elucubrado sobre un Código de 1870 todavía tierno; cuando lo examina Navarro de Palencia han transcurrido por él más de treinta años: nada ha cambiado, a lo que parece, en la ejecución de esta pena y la disfunción, más que coyuntural –como se martillea desde el poder–, se nos va revelando endémicamente estructural. Los reos penados con relegación se quedaron en los presidios de la Península o sus territorios adyacentes y, si a lo largo de todos estos años se llevaron relegados a las provincias ultramarinas, no fueron, desde luego, los condenados judicialmente. Desde luego, a la altura de la mitad del siglo, en 1855, era tenida por medida *política*, y esto en todas sus gradaciones: quiero decir que, recorriendo el espectro de la disidencia, se imponía tanto a rebeldes o sediciosos (si no con arreglo al Código Penal, sí por la vía del decreto) como a meros opositores electorales –moles-*tas serpientes* de toda especie–, recurso éste criticado por la corrosiva pluma de Rico y Amat en su *Diccionario de los políticos*, según se ha visto, incluso a difamadores de lesa majestad cual Manuel del Palacio¹²⁶¹. Casi siempre, de un modo u otro se vulneró la ley: con desdichada frecuencia, la infracción lo fue de la norma constitucional, deportando sin el concurso de los tribunales ni suspensión legítima de garantías; cuando la pena de relegación fue judicialmente impuesta, al reo se le dejó en la Península o territorios a ella adyacentes sujeto a la vida del presidiario: “el siglo XIX fue el siglo de oro de la deportación”¹²⁶² –tiene dicho Cuello Calón–; pues bien, a lo que parece, en

1260 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 593-594 (*ibidem*, p. 591).

1261 Cfr. notas IV/1185 y IV/1186.

1262 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 802.

España no pasó mucho más allá de la letra de la ley, como no fuera por las muy irregulares vías de la represalia gubernativa...

Al propio tiempo que acaecía tan abierta discrepancia entre el tenor legal y su aplicación, corriente el Código de 1870, sosteníase un vehemente debate entre los partidarios y los detractores de la deportación o relegación como herramienta de colonización penal, debate que lo era internacional¹²⁶³ (con los establecimientos de Bahía Botánica, Nueva Caledonia, la Guayana francesa, Siberia..., como principales referentes), pero cuyo punto álgido en España quizá haya de localizarse en el concurso convocado en 1875 por la Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre muy concreto tema que los concurrentes desarrollaron con vario ajuste y diversidad de pareceres: *¿Convenría establecer en las islas del Golfo de Guinea ó en las Marianas unas colonias penitenciarias, como las inglesas de Botany-Bay?*¹²⁶⁴ El debate versa, por consiguiente, sobre una deportación sistematizada y colonizadora que no es la del Código, ésta siempre –en todos los textos sin excepción– circunstancial, como prescrita para unos pocos delitos de muy retraída presencia estadística, y no utilitaria. La circunstancia de tratarse o no de una deportación provechosa al interés público es ahora la clave en la distinción entre la que están discutiendo los penitenciaristas y la que languidece en el Código: sólo el de 1822 introducía para el reo los *trabajos ú ocupaciones que su gefe disponga*¹²⁶⁵ (pero esto muy matizado en la idea de los redactores del texto, con generoso margen de decisión para el reo, según expuso Calatrava¹²⁶⁶, interpretación *auténtica* que a buen seguro hubiera desplegado su influjo sobre los reglamentos que no pudieron llegar), y el de 1928, nada más con decir que “[...] permanecerá en libertad [...] dedicándose al trabajo, con sujeción al régimen que los reglamentos establezcan”¹²⁶⁷, no aclara por entero si el trabajo será público o no; en cambio, para la más longeva plasmación legal de la pena, en vigencia de los corpus de 1848 y 1870, simplemente “los relegados podrán dedicarse libremente [...] á su profesion ú oficio”¹²⁶⁸. Indudablemente, no se aprecia obligatoriedad alguna en esta última regulación, sino

1263 Véase, v. gr., ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia...*, pp. 207-218, 241-243.

1264 Véanse ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, pp. 160-162; Pedro Trinidad FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad: cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, pp. 152-153; o CASTRO ANTOLÍN, “La población...”, p. 47.

1265 Art. 50 CP 1822.

1266 Cfr. nota IV/505.

1267 Art. 175 CP 1928.

1268 Arts. 102, párr. 2º, CP 1848 y CP 1850, art. 111, párr. 2º, CP 1870.

el reconocimiento de una libertad no escatimada al condenado. El trabajo *colonizador* –que además redundaba en el bien público o a él se endereza ante todo– es inseparable de la deportación que se mira en el arquetipo de la Bahía Botánica¹²⁶⁹. La *Historia de la prisión en España* de Roldán Barbero vendrá de molde para contextualizar la convocatoria de la Academia, confirmando realidades ya vistas:

[...] Ahora, con el nuevo proyecto colonizador de la segunda mitad del siglo XIX, se pretendía colonizar agrícola o, incluso, *industrialmente* unos territorios ultramarinos que se hallaban más o menos vírgenes con respecto a un modelo económico occidental. [...] Desde el punto de vista del formalismo legislativo, las posibilidades de deportar –aparte de a Ceuta o a Melilla– no habían quedado interrumpidas con la subversión del retribucionismo prisional del ochocientos. Las penas de *relegación* y de *extrañamiento*, previstas en los códigos del siglo XIX, conllevaban justamente una expulsión espacial del penado. Pero, salvo para determinados casos de enemigos políticos y como actos de gobierno, esas sanciones permanecieron inaplicadas. La nueva empresa colonizadora abogó por una revitalización de la relegación, pena ésta de todas las legales que cuadraba mejor con los fines pretendidos¹²⁷⁰.

Concepción Arenal, ganadora del concurso, responde negativamente a la pregunta tras discurrir “[...] por las consecuencias de una pena que, como injusta que es en alto grado, devuelve en concausas de delito y reincidencia todos los sacrificios que para aplicarla se hacen”¹²⁷¹: en su opinión, la deportación resulta nefasta como expediente penal por desigual e injusta, inhumana, inmoral, nulamente ejemplar, perversamente utilitaria, disuasoria de la colonización libre, insegura, ineficaz en la prevención del delito, dispendiosa, precaria, etcétera, en una proteica acumulación de tachas que no concede el más mínimo cuartel a la apología¹²⁷². Entiende con tanto demostrar la auténtica carencia de las opuestas condiciones que otros ven en la deportación a una colonia ultramarina, pero va más allá cuando afirma que, aunque gozase de todas esas virtudes que acaba de impugnar, “con dolor, pero en conciencia, hemos de decir, que aunque las colonias penales fueran una cosa excelente, España no tiene medios morales ni materiales para fundarlas” y el intentarlo

1269 Véase, v. gr., ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia...*, pp. 205, 208.

1270 ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, pp. 158-159. DORADO, “Colonias...”, p. 165, refractario a la deportación, señala también esa conexión palmaria.

1271 ARENAL, “Informe... de San Petersburgo”, p. 175.

1272 ARENAL, *Las colonias...*, pp. 76-80, 82, 92-93, 98; *id.*, “Informe... de San Petersburgo”, pp. 176, 179, 181.

en tales condiciones nunca podría ser *sin faltar a la humanidad y al derecho*¹²⁷³, coyuntural argumento –si bien, del mayor relieve–, porque ni el mejor contexto redimiría las tachas halladas: “¿mediante qué condiciones las penas de deportación y transportación podrán ser útiles á la administración de la justicia penal? / No se nos alcanza condición alguna que pueda convertir en útil para la justicia una pena que es radicalmente injusta”¹²⁷⁴, conclusión ésta de mayoritario seguimiento internacional, entre rebrotes contrarios de mayor o menor brío, según iba acabando la centuria¹²⁷⁵.

El segundo clasificado, Pedro Armengol y Cornet, a quien tan impuesto sabemos ya en el *statu quo* deportatorio y tan poco seducido por este medio penitenciario, pasaba, con tal bagaje, a preguntarse: “¿es conveniente, es posible, es racional, es justo, instalar colonias penitenciarias en las islas Marianas ó en el Golfo de Guinea? No, en manera alguna, y tantearemos el demostrarlo para lograr la evidencia en este sentido”¹²⁷⁶. A partir de ahí va desgranando el rosario de máculas halladas en esta pena cruel, draconiana por insalubre, egoísta, no intimidante, no moralizante, regimentalmente irrealizable, onerosísima¹²⁷⁷, y hasta ilegal o, cuando menos, de complicado engarce en el ordenamiento vigente, toda vez que una deportación con los caracteres que se estaban planteando, con virtualidad colonizadora, no habría de aplicarse como la del Código a unos cuantos delincuentes políticos, sino poco menos que *masivamente* a los reos de delitos más graves y alarmantes o a los que exhibiesen peor historial:

[...] Si pues debieran destinarse á las colonias ultramarinas los reincidentes (no aquéllos cuyos antecedentes se han averiguado, sino los que lo son efectivamente), seria preciso enviar cerca de un 60 por 100 de los actuales presidiarios; ¿y cómo se llevaria esto á efecto? ¿Cómo se procederia á la division de los que deben ir y de los que deben quedar en la Península? Si se tomaba por tipo no las condenas, sino los delitos, seria preciso escoger aquellos cuya mayor frecuencia exige mayor represion; y por consiguiente los robos y los hurtos, las lesiones graves y los homicidios darian por sí solos un contingente que la misma administracion se espantaria de ver reunidos: si la base de la clasificacion fuesen

1273 ARENAL, *Las colonias...*, p. 83; igualmente, *id.*, “Informe... de San Petersburgo”, p. 191.

1274 ARENAL, “Informe presentado en el Congreso Internacional Penitenciario celebrado en Estocolmo en 1878”, *Obras...*, t. XIV, p. 17; por igual, *id.*, “Informe... de San Petersburgo”, p. 177.

1275 Véase FRANCISCO LASTRES, *Estudios penitenciarios*, pp. 50-53.

1276 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 93.

1277 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, pp. 65-66, 94-99, 101.

las condenas, deberian escogerse los condenados á presidio mayor, y cadena temporal y perpétua, y si hay que respetar la cosa juzgada, si las leyes han de ser una verdad y las conmutaciones de pena han de acordarse segun la reforma observada en el penado, el legislador se encontraria con las manos atadas para poder en justicia cambiar la pena impuesta en la ejecutoria, pena que no guardaria proporcion con el delito, que seria más leve que la señalada en el Código, y que la misma administracion habria á su vez de subdividir para que los condenados á presidio mayor no estuviesen sujetos á régimen igual ó análogo al impuesto á los demas. Inútil es decir que no podrian nunca destinarse los reos condenados á reclusion, prision mayor y presidio correccional, porque respecto á éstos se desnaturalizaria aun mucho más la pena, resultando una injusticia mayor¹²⁷⁸.

Obviamente, esto afecta a la delincuencia común, para la que en principio se ha pensado y se ha puesto en planta la deportación colonizadora por los países que han tomado la precedencia en su ensayo. Queda por ver si a la postre va a resultar adecuada para la delincuencia –o disidencia– a la que precisamente se viene reservando la deportación, la relegación punitiva del Código español:

[...] Si los reos de delitos comunes no pueden por lo dicho ser trasportados, ¿pueden ser deportados los responsables de delitos políticos? Cómodo por demas y fácil es á un Gobierno el enviar á apartadas regiones á los conspiradores y todos los que se encuentran dentro de la sancion penal vigente; pero conviene no olvidar lo que la experiencia ha enseñado¹²⁷⁹.

En las probaturas llevadas a cabo por otros países, esos que están de continuo en la mente de todos, ofreciendo su peculiar paradigma de utilitarismo penal,

[...] los deportados políticos sin desistir de sus planes y sus aspiraciones, atraian así á los reos de delitos comunes, les hacian cómplices é instrumentos de sus fugas y evasiones, de sus turbulencias y motines, hasta el punto que fue necesario evitar y cortar toda relacion entre unos y otros; esto, empero, no dió gran resultado, y siempre la esperanza del triunfo de las ideas, del apoyo de otras potencias, de la complicacion de una guerra internacional, dió pié á que los deportados políticos tuviesen en continua alarma á las autoridades [...]. Más acertado, ménos expuesto á contingencias es la creacion de una penitenciaría política en la Península, ya bajo la forma de una colonia, ya bajo la de un establecimiento cual el que es objeto del Decreto de 10 de Mayo de 1874, cuyos tres primeros artículos del reglamento dejan bien marcada la fisonomía y carácter de aquel penal¹²⁸⁰.

1278 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, pp. 100-101.

1279 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 108.

1280 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 108. La norma de la remisión es el

El mismo Armengol llama a este reglamento *letra muerta* y a su penitenciaría *sólo existente en la Gaceta*¹²⁸¹. Me ha parecido que su particular atención a los aspectos jurídico-criminológicos del asunto bien merecía concederle el necesario espacio. “Por do quiera, pues, que se mire la cuestion, bajo todos aspectos surgen dificultades y dificultades sérias; por ellas, porque la mayor parte son insuperables de todo punto ó en el terreno moral, ó en el jurídico, ó en el económico, ó en el higiénico; por esto hemos dicho que España no puede pensar, en manera alguna, en establecer colonias penitenciarias, ni en el Golfo de Guinea, ni en las islas Marianas”¹²⁸². Y, hecha la crítica negativa del modelo, se siente obligado a sugerir una propuesta constructiva que pasa por la creación de colonias agrícolas penitenciarias en la Península e incluso en las Antillas, aunque únicamente para sus respectivos naturales, sin alejamiento deportatorio¹²⁸³; para los infractores del ordenamiento político aconseja, como mal menor a falta de la penitenciaría peculiar o las colonias agrícolas interiores, el establecimiento de un *depósito* en las islas Canarias¹²⁸⁴.

Tan sólo Francisco Lastres y Juiz, que quedó tercero en el certamen, rompía una lanza por la deportación, convencido, como Alejandro Groizard, de su potencial, que la haría una de las penas más usadas en el porvenir para reemplazo de la capital y de las aflictivas cadenas¹²⁸⁵. Básicamente, su respuesta a los problemas o defectos denunciados en la pena pasa por el acoplamiento del sistema progresivo de Crofton a la ejecución deportatoria: “[...] estos peligros desaparecen, cuando se somete á los penados á un régimen cuyo último término sea la colonizacion”¹²⁸⁶, previas las tres fases usuales celular, educativo-industrial e intermediaria. “Por lo que teniendo presente el interés nacional, el desarrollo de la industria, el aumento de la riqueza y hasta el bien

“Decreto, autorizando al Ministro de la Gobernacion para crear una penitenciaría política en el ex-convento de la Victoria, sito en el Puerto de Santa María, y aprobando el reglamento para el planteamiento y régimen interior de la misma”, de 10 de mayo de 1874, en *CLE* 112, disp. 378, pp. 784-809.

1281 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 109. Véase FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 230.

1282 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 104.

1283 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, p. 106.

1284 ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas..?*, pp. 109-110.

1285 Véase LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, p. 31; y Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, t. II, p. 494.

1286 LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, p. 64; su sistema progresivo, *ibidem*, pp. 65-66.

de los mismos penados, opinamos que es conveniente establecer unas colonias penitenciarias en las islas del Golfo de Guinea y en las Marianas¹²⁸⁷. A pesar de todo, más tarde, Lastres, tras la lectura de la memoria vencedora y su participación en el Congreso Penitenciario de Estocolmo en 1878, rectifica el primitivo juicio con honrosa nobleza¹²⁸⁸, adhiriéndose al sentir de su triunfante adversaria –“el hecho, como síntoma, tiene mucha significación”¹²⁸⁹–: su dictamen solventaba la cuestión muy parcialmente, dejando atrás no pocos de los escollos avistados por Arenal o Armengol, y él mismo debió de darse cuenta a poco que perseverase en la reflexión.

Dorado cifra en el resultado del concurso la dejación administrativa de las políticas punitivo-colonizadoras que la ley de bases de 21 de octubre de 1869 había puesto sobre el tapete¹²⁹⁰. Veinte años después, Fernando Cadalso publica su monografía *La pena de deportación y la colonización por penados*, dedicada en buena parte a rebatir las argumentaciones de quien se hiciera con el premio de la Academia de Ciencias Morales y Políticas: “de inhumana, de injusta y de atentatoria al Derecho califica á la deportación la Sra. Arenal”; pero “parécenos que al discutir así se atiende más al sentimiento que á la razón y se da preferencia á la belleza de la literatura, con perjuicio de la irrefutable argumentación que los hechos constituyen por sí solos”¹²⁹¹. En su intento, repónele que las condiciones son las mismas para cuantos van a las colonias a servir a la patria o a engrandecerla con su industria, que todas las penas son desiguales en su aplicación concreta a cada reo porque éstos siempre lo son también entre sí, y que si el *ius puniendi* del Estado puede lo más, la pena de muerte, también podrá lo menos, la deportación¹²⁹². El Congreso Penitenciario de Valencia, en 1909, otorgó sus bendiciones al sistema de deportación colonizadora, *bajo el influjo de Cadalso*¹²⁹³, su defensor más entusiasta¹²⁹⁴, repitiendo que “los argumentos que se presentan en contra no tienen consistencia, porque los defectos que acusan no son debidos al siste-

1287 LASTRES Y JUIZ, *La colonización...*, p. 68.

1288 LASTRES, *Estudios...*, pp. 52, 110-111.

1289 DORADO, “Colonias...”, pp. 172-173, es quien relata la *conversión*; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 427, la reseña.

1290 DORADO, “Colonias...”, pp. 172-173.

1291 CADALSO, *La pena...*, pp. 27, 29.

1292 CADALSO, *La pena...*, pp. 27-29.

1293 Así lo consigna JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 427, muy crítico con la deportación y con Cadalso.

1294 CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 207.

ma, sino al modo vicioso de aplicarle”¹²⁹⁵. Pero, contra los buenos deseos, la práctica se empeñaba una y otra vez en resultar *viciosa*¹²⁹⁶...

Junto a las distintas configuraciones de esta pena que el Derecho histórico o el comparado exhiben, así las colonias penales recién contempladas, hay que sumar construcciones propinicias, como las colonias interiores, subcategoría de aquéllas¹²⁹⁷, o la *traslación*, a las cuales habré de atender ahora muy someramente por haber gozado de algún intento de promoción en nuestro país, y desde las dos posiciones que acaban de contender: escribe Lastres que “los enemigos de las colonias ultramarinas, prefieren las interiores”¹²⁹⁸; además, cuando la deportación transoceánica con justificación colonizadora llega a verse inviable, tanto por condicionantes internos como externos, los partidarios de estos sistemas reconducen sus planeamientos hacia la colonización penal interior¹²⁹⁹, iniciativa entroncada por su sesgo utilitario con la colonización en ultramar, pero ya de todo punto alejada de la deportación, que conectaba con esta última sólo por vía de alejamiento y confinación remota¹³⁰⁰; aparte de que en la colonización interna prima ante todo la rehabilitación del condenado, teniéndose su rendimiento público por algo muy secundario¹³⁰¹. Navarro de Palencia resume que, en los albores del siglo XX, las soluciones indicadas por la Administración misma, en el *Expediente general para preparar la Reforma penitenciaria* (1904), vienen a concretarse por *determinantes eclécticas*: transformación de presidios militares en penales de tipo común, *establecimiento de colonias en los islotes despoblados de Canarias, y colonización de nuestras posesiones de Rio de Oro y Fernando*

1295 Actas cit. por DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 788 (véase CUELLO CALÓN, “Adiciones”, pp. 725-726). Propone con minuciosidad un sistema de aplicación racional o *virtuosa* el propio CADALSO, *La pena...*, pp. 42-68.

1296 Atiéndase a CUELLO CALÓN, *Penología*, pp. 203, 215; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 427.

1297 Véase DORADO, “Colonias...”, pp. 165-166.

1298 LASTRES Y JUÍZ, *La colonización...*, p. 23 (ejemplo tenemos en Armengol: cfr. nota IV/1286), con argumento desenvuelto por DORADO, “Colonias...”, p. 167. Consúltense en su integridad el subepígrafe que FERNÁNDEZ, *La defensa...*, pp. 161-165, consagra a las colonias penitenciarias.

1299 Así, Rafael Salillas (véase PUIG PEÑA, “Colonización...”, p. 420). Traza la ilación DORADO, “Colonias...”, p. 169-; también, VILLA-REAL/DEL ARCO TORRES, *Diccionario...*, pp. 140-141.

1300 Bien lo discierne CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 204.

1301 DORADO, “Colonias...”, p. 170.

Póo; y, en segundo término, *por determinantes sistemáticas*, atenuadas a una *colonización interna de naturaleza nómada, en su periodo embrionario y preparador, y después, definitivamente fijo, con carácter agrícola definido*¹³⁰². Medidas desemejantes son éstas en atención a sus capacidades afflictivas, de cuya divergencia ese acotamiento territorial que prescribe un destino al sentenciado supone sólo la más notoria manifestación¹³⁰³; por supuesto, también cuentan los objetivos perseguidos: las posibilidades de este tipo de políticas intrapeninsulares se concretan, pendiente siempre el Estado de la reeducación, en el trabajo de los penados en obras públicas, al aire libre o en labores agrícolas o forestales, con su proporción de encierro compensando el *aislado* alejamiento que se pierde¹³⁰⁴; y esto es ya claramente otra cosa... En esta línea se situaban el establecimiento colonizador privado que noticia Dorado Montero¹³⁰⁵ –con reos como mano de obra, pero no específicamente de los sentenciados a relegación– y, en 1902, el Proyecto *Montilla* de Código Penal, *bajo el régimen del trabajo obligatorio en colonia penitenciaria*¹³⁰⁶. Montes traza la pequeña historia de estos proyectos, que califica de *auxiliar poderoso*, desde 1860 al menos¹³⁰⁷; como él, Cuello Calón, favorable también a dicha modalidad punitivo-correccional¹³⁰⁸, comenta la presentación “[...] al Senado en 26 de Febrero de 1906, un proyecto de ley sobre colonias penitenciarias agrícolas. Dicho proyecto, que constituye sin duda la tentativa más seria hecha en España para implantar el trabajo penal al aire libre [...]”¹³⁰⁹ no pareció tener más resultado inmediato (“no llegó a ser ley”¹³¹⁰) que la creación

1302 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 690. Efectivamente, era el eclecticismo la carta de recomendación de esta colonización no deportatoria, de acuerdo con la percepción de ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 163. El estudio de mayor amplitud y profundidad es el varias veces consultado de DORADO, “Colonias...”, pp. 175-178, con detenimiento al detalle en el referido expediente general, o *id.*, “Depotación”, p. 788.

1303 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 326-327. Véase DORADO, “Colonias...”, pp. 175-178.

1304 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 464-465.

1305 Cfr. nota IV/189.

1306 Art. 55, párr. 1º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571: “La pena de relegación se cumplirá también bajo el régimen del trabajo obligatorio en colonia penitenciaria, agrícola ó industrial, ó en estaciones navales”.

1307 MONTES, *Derecho...*, v. II, pp. 560-562.

1308 Véase CUELLO CALÓN, *Penología*, pp. 205-206, 208-213.

1309 CUELLO CALÓN, “Adiciones”, p. 722. Véase ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 164.

1310 CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 210.

por Real Decreto de 1907 de una colonia penitenciaria en Santoña¹³¹¹, pero que alienta la muy significativa intención de servir únicamente a la ejecución de las privaciones de libertad, con exclusión de la relegación¹³¹². Más extravagantes aún a la deportación son otros derivados del utilitarismo penitenciario, como las brigadas de obras públicas o los destacamentos penales, a los que también en los albores del siglo XX se les quiere dar un impulso penitenciario¹³¹³. Por último, no debe quedar sin esbozo una figura cuya implantación se quiso respaldar por algún calificado tratadista: la traslación –o *emigración voluntaria del cumplido a las colonias*–. Aun contando con cierta cercanía formal a la deportación o relegación,

Las Penas que tienen por materia la restricción de la libertad de elegir domicilio, no deben en modo alguno confundirse [...] con la facilidad que se presta al reo que ha extinguido una condena de larga duración y por graves Delitos, de ser transportado á un país lejano donde pueda empezar un nuevo género de vida: [...] es una medida de transición ó un medio de completar los buenos efectos de la condena¹³¹⁴.

1311 “Real Decreto creando una colonia penitenciaria en Santoña, en el lugar denominado Frente y Plaza de Armas del Dueso”, de 6 de mayo de 1907, en *CLEAC* 28, disp. 223, pp. 531-535 (consúltense DORADO, “Colonias...”, pp. 178-180; PUIG PEÑA, “Colonización...”, p. 421). Pasará excesivo tiempo hasta el “Real decreto creando dos Centros de Reforma tutelar y de Acción educadora a favor de los jóvenes delincuentes mayores de quince años y menores de veintitrés, sentenciados á penas aflictivas y á la de presidio y prisión correccional”, de 18 de mayo de 1915, en *CLEAC* 54, disp. 128, p. 313-319, uno de los cuales establecimientos responde al sistema de colonia agrícola (arts. 2º y 4º). Acúdase a LASTRES, *Estudios...*, pp. 70-71; a Pedro DORADO [MONTERO], “Colonias para jóvenes delincuentes”, en *EJE*, t. VII, p. 164, 175-178; a CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 806, quien cita varios proyectos irrealizados (de 1904 para la colonización penal de las Hurdes y Batuecas, de 26 de febrero de 1906 proyecto sobre colonias penales agrícolas), un Real Decreto de 5 de mayo de 1913 creador de destacamentos penales para la realización de obras públicas y una ley de 8 de septiembre de 1939 para fundar colonias penitenciarias militarizadas destinadas a igual fin; o a ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, pp. 162-163.

1312 CUELLO CALÓN, “Adiciones”, p. 722.

1313 CUELLO CALÓN, “Adiciones”, p. 722. Consúltese el “Real decreto disponiendo que por el Ministerio de Gracia y Justicia se coopere al desarrollo de las obras públicas, estableciendo colonias penales para regular el trabajo de los reclusos que se hallen en cuarto período de condena”, de 20 de noviembre de 1911, en *CLEAC* 43, disp. 126, pp. 356-362. Por lo demás, se trata de recursos penitenciarios de antiguo conocidos (v. gr., OGPR 1834, arts. 11 a 17; y FERNÁNDEZ, *La defensa...*, pp. 153 y ss.).

1314 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 464-465.

Sepamos, con todo, algo más de este resorte preconizado por Silvela sin abandonar su propia caracterización, de indudable sabor correccionalista: la finalidad apuntada, *empezar un nuevo género de vida*, quiere allanarse previniendo la estigmatización y el desarraigo postpenitenciarios del cumplido, *bien por hallarse enteramente sólo, sin familia y sin amigos, bien porque lo impida el recuerdo de su crimen, bien por las circunstancias por las que atraviesa su patria*, neutralizando toda exclusión social, en suma; el mecanismo habría de ponerse en marcha por voluntaria solicitud del interesado, concediéndosele *las mayores facilidades posibles*, consistentes, por ejemplo, en la gratuidad del pasaje –para el rematado, pero también indefectiblemente para su familia–, en la concesión de tierras o en la procura estatal de ocupaciones productivas... Por contrapartida, “ya allí todos los cumplidos, bien estuvieran aislados de la población, bien enteramente libres ó mezclados con ella, deberían quedar sujetos al patronato; y si esto no fuese posible, á la vigilancia de la autoridad superior”. Más todavía: adviértase que, pese a tratarse de un sentenciado que ya ha extinguido su condena por cumplimiento y que espontáneamente ha solicitado esta ayuda o asistencia, “el intento de fugarse, la falta á los reglamentos, el Delito y áun el grave desórden, tendrán asignados como Pena la reclusion en la Penitenciaría que á este efecto se encontrase establecida en la colonia”¹³¹⁵; el correccionalismo muestra con ello su faz paternalista, dispuesta a no detenerse hasta culminar la recuperación del condenado, quien –nunca se olvide– *tiene derecho* a la pena y demás terapéutica que el Estado le recete por corregir ese defecto de voluntad en el cual periclitata su fin racional humano. “Pero, ni este procedimiento, ni el de verdaderas colonias penitenciarias peninsulares ó insulares, se ha ensayado en nuestra pátria en los tiempos modernos”¹³¹⁶ –remata Silvela–. Ni se haría ya.

1315 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 487-489.

1316 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 519. Cfr. notas IV/1164 y IV/1173.

V EL EXTRAÑAMIENTO

1. Introducción

Abordamos la pena quizás de más pacífica definición entre cuantas este estudio se propone tomar por objeto: la de extrañamiento; baste, en abono de lo apuntado, el cotejo entre lo que es en el Fuero Juzgo, *seer echado fuera de la tierra*¹, o en las Partidas, *echado de todo nuestro señorío*², y su última aparición codificada en nuestro ordenamiento penal: al cabo de siete siglos, el Texto Refundido de 1973 del Código Penal le conservó un tenor proveniente de 1848: “el sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena”³. Bien poco es lo que va de unos a otros giros: consiste el extrañamiento en la expulsión y prohibición de entrada en el Estado que lo impone. Dicha proscripción en teoría implica el absoluto desentendimiento por el Estado de la suerte futura del reo que impele allende sus fronteras, desentendimiento llevado a su máximo rigor cuando se impone a perpetuidad, de por vida. Si, para ubicar el extrañamiento que llegó a la Codificación, echamos la mirada atrás, resulta patente que la prosapia de este castigo no puede ser más vetusta...; con curiosidad preliminar sirvámonos de la sinopsis que de su rastro por los ordenamientos peninsulares ensaya Lalinde Abadía, pero atentos más a su codicia casuística que a la horquilla cronológica abierta:

El extrañamiento consiste en la expulsión del territorio, y se practica entre los cántabros contra los adúlteros, siendo entre los lusitanos una pena previa a la de lapidación, en forma similar a la de los hebreos. Entre los visigodos, el exilio (“exilium” de “extra solum”) se impone por abusos de los señores respecto a los siervos, o por yacimiento sexual entre los afines. En 1483 se aplica en Castilla a los que ayudan a la jurisdicción eclesiástica frente a la civil, y, colectivamente, se aplica, en la edad Moderna a judíos, moros y gitanos. En la Alta Edad Media, herir o sacar el cuchillo delante del Rey en Jaca ha signifi-

1 V. gr., “Fuero Juzgo...”, VI.5.12.

2 V. gr., *Partidas*, VII.26.2.

3 Art. 86 CPTR 1973 (y vuélvase sobre el art. 103 CP 1848).

cado la salida del Reino de Aragón hasta recuperar la gracia. Con Recesvinto y Egica, entre los visigodos el Obispo destierra por tres años a los señores que mutilan a sus siervos⁴.

El batiburrillo de Lalinde tiene la virtud de mostrar cuántas cosas caben dentro del extrañamiento, aunque todas giren en torno a un definido núcleo conceptual. En cuanto a esa mirada histórica, apenas tendida, del destierro en el sentido que hoy damos al extrañamiento ha quedado, conforme al apunte, un rastro que permite al investigador remontarse hasta los Derechos primitivos, anteriores a la romanización: la idea de expulsar de la comunidad –local, mas también supralocal– al contraventor del orden que la rige se presenta al entendimiento sin precisar elaboración teórica alguna ni especiales medios materiales de ejecución. Sin embargo, en Roma quiebra o se desmiente esta impresión, justamente por su nivel de reflexión político-jurídica: como advierte Mommsen, “no se debe olvidar que jamás podía imponerse la expulsión de todo el Reino. El Derecho penal romano no admitía el extrañamiento de la patria”⁵, siendo, entonces, sólo voluntaria cualquier forma de *exilium* tras los límites del territorio jurídicamente sometido. Después, no falta el extrañamiento en el Derecho de la España visigoda⁶ (donde la que luego se hará arquetípica expulsión de preladados por el monarca nos queda ya documentada⁷) ni mucho menos en la plenamente medieval, con una institución en concurso cual la *ira regis*, desencadenante de la ruptura del vínculo vasallático, que forzaba al *home irado a desnaturarse*⁸. El Espéculo blande con profusión un extrañamiento prevenido bajo la fórmula

4 LALINDE ABADÍA, “La pena...”, p. 186.

5 MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 414 (*ibidem*, p. 412). Una confusa inteligencia de este sistema romano se detecta en CUELLO, “Extrañamiento”, p. 565.

6 Véase GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso...*, pp. 214-215.

7 JOSÉ ORLANDIS, “El reino visigodo. Siglos VI y VII”, en Valentín Vázquez de Prada (dir.), *Historia económica y social de España*, v. I, p. 477.

8 *Partidas*, IV.25.10-12, en donde se regula, respectivamente, “por qué razones puede el rey echar sus ricoshomes de la tierra”, “cómo pueden los vasallos salir de tierra con el ricohome quando el rey lo echare della por malfetria que haya fecho” y “cómo los vasallos non son tenudos de seguir al ricohome que el rey echa de tierra por yerro de traycion ó de aleve”, legislación sometida a síntesis, v. gr., por GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso...*, pp. 214-215, 384-386, 441-442. Pone CORNEJO, *Diccionario...*, p. 258, los ejemplos de Alfonso VI y el Cid Ruy Díaz de Vivar o de los ricohombres despedidos por Alfonso X, con referencia al *Fuero Viejo de Castilla*, I.4, acerca “De los Ricos omes, que echa el Rey de la tierra sua”, cuyo supuesto de hecho no pasa de un sobremanera lato *por alguna raçon* (I.4.1).

usual de *seer echado del regno*⁹; en el Fuero Real comparece asimismo el que incurso en falta sale *echado del regno* o *señorio del rey*¹⁰, fórmula la segunda preferida por las Partidas¹¹. Aunque, de primeras, la referencia se ha hecho a Castilla y su ley, también se muestra presente esta pena en el resto de territorios y Derechos hispanos: en la Compilación de Huesca (*secundum forum debet exire de toto regno*)¹², en las *Constitutions* catalanas (*e sien hags per inimics del senyor Rey, e sien perpetualment exillats del Principat de Cathalunya, del qual exili gratia, comport, e remissio alguna obtener no pujan*)¹³, en los *Furs* de Valencia (*que sia exellat perpetualment del regne de València*)¹⁴ o en el Fuero General de Navarra (*et el Rey sobre esto dévelo ytar de la tierra*)¹⁵, etcétera. Como pena en igualdad de tratamiento con las demás corporales lo vemos en su origen; desde luego que, sin haber sido nunca una pena lujurante –si bien, Minguijón lo encuentra *usado con frecuencia*¹⁶–, su vestigio jurisprudencial tampoco es insólito: casos particulares de echamiento del reino en la justicia premoderna, los atestiguan, por ejemplo, ciertas *fasannyas* del *Libro de los fueros de Castilla*¹⁷. Por eso que los autores decimonónicos llamaran *analogía*, se prodiga a menudo eslabonado con conductas atentatorias contra la majestad real, a cuyo culpable, en correspondencia, arroja el monarca de sí, lo *echa de la tierra sua*¹⁸. No debe extrañar cuando, como en Roma la *deportatio*, pasa por pena que se reserva para las cotas altas de la sociedad, la nobleza, porque para el pueblo llano hay otros medios más eficaces de castigo... Sin descender de aquellas alturas, es lo cierto que durante la Edad Moderna el extrañamiento va quedando progresivamente como pena de imposición real a eclesiásticos¹⁹ –como entre

9 “Espéculo” (en *CECA*, t. VI), III.1.1, 3; III.2; III.5.4, 10, 16, 17, 19; III.6.2, 3, 4, 9, 10; III.7.4... (huestes); *ibidem*, II.3.1, II.4.3, II.5, II.12.1, II.14.8... (honra del rey).

10 “El Fuero Real...”, I.2.2 y V.12.2 (irreverencias al rey, falsedades), v. gr.

11 *Partidas*, VII.9.12, VII.23.1 y 3, VII.26.2 y 6 (contra violadores de sepulturas, ciertos herejes, agoreros o sorteros).

12 *Los fueros de Aragón: la Compilación de Huesca*, VII.2.1, VII.3.1, VIII.15.5...

13 *Constitutions y altres drets de Cathalunya*, I.21...

14 *Furs de València*, IX.3.7...

15 *Fuero General de Navarra*, IV.3.3...

16 Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del Derecho español*, pp. 398-399.

17 *Libro de los fueros de Castiella*, n^{os} 247 y 263.

18 V. gr., *Fuero Viejo...*, I.4; *Fuero General de Navarra*, I.2.6...

19 Atiéndase, v. gr., a CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, pp. 469-470, 561-562, 577, 698.

el pueblo hispano-godo²⁰—, ya que en su autoridad sobre éstos interfiere en mayor o menor grado el poder pontificio, bajo cuya jurisdicción se hallan; y para sus vasallos *exclusivos* el soberano, cuando no otra cosa necesita afectar que la libre circulación, prefiere el control directo en un confinamiento que a veces se alargará de por vida.

Junto a esta línea evolutiva del extrañamiento, encontramos otra con tres hitos, de poliédrica y primordial significación en la Historia de España, asociados al *echamiento del reino*: las expulsiones de judíos, moriscos y jesuitas. Técnicamente se puede debatir, de insistir en someterlas a la taxonomía al uso, si estamos o no frente a sendos extrañamientos masivos; no duda Lainde en su dictamen: aplicación colectiva del extrañamiento²¹, puesto que, de mirar la institución con ojos de taxónomo, según hace la *Enciclopedia Jurídica Española*, “en el concepto genérico *expulsión*, cabe incluir determinados hechos jurídicos y actos de soberanía que llevan denominaciones específicas”, y, si como una de tales que de él se ramifican, “la pena de extrañamiento consiste en la expulsión del sentenciado, perpetua ó temporalmente, del territorio nacional”, otra sería la peculiar expulsión colectiva fundada y definida por la pertenencia a credo, raza, grupo de poder u otra identidad inquietante para la Corona²². Más allá, resulta impropio otra disquisición compartimentadora con arreglo a categorías jurídico-políticas contemporáneas: poco hace al caso querer ver los de referencia como extrañamientos punitivos impuestos por el vértice de la pirámide judicial, el rey²³, del que emanan todas las jurisdicciones temporales, o como medidas de puro gobierno²⁴. No ya en la Edad Moderna, pero aun en la historia toda de las tierras ibéricas aparecen las expulsiones colectivas como pasajes del mayor calado, primera de ellas la de los judíos²⁵. No se trata en principio de una disposición de trasfondo xe-

20 Véanse GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso...*, pp. 214-215; ORLANDIS, “El reino...”, p. 477.

21 LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, p. 556.

22 *EJE*, t. XV, p. 521.

23 V. gr., Roberto ROLDÁN VERDEJO, *Los jueces de la Monarquía Absoluta*, p. 18.

24 Véase VALLEJO, *Ruda equidad...*, pp. 159-259, acerca de *la unitariedad de tratamiento de sentencia y norma dentro de un ius statuere*. En cambio, Juan SAINZ GUERRA, *La Administración de justicia en España (1810-1870)*, pp. 23-24, sí se atreve a cribar medidas o acciones disociadas.

25 Contando con un cierto precedente del “Fuero Juzgo...”, XII.2.2 *in fine*, acaece por medio de la Pragmática de 31 de marzo de 1492, que pasa en su parte substancial a la NRLE, XII.1.3 (además, XII.1.4); versión íntegra del documento es la “Provisión de los

nófobo: la expulsión aparece como puramente confesional, esto es referida a los creyentes de religión mosaica, sin ir contra todo el linaje semita, de suerte que se excluyen de su ámbito los conversos al Cristianismo: un judío converso ya no es un judío²⁶. Sólo puede entenderse el alcance de la expulsión a luz del estatuto del pueblo hebreo dentro de los reinos hispanos: regidos por el *ius sanguinis*, tienen sus miembros la consideración de extranjeros, aunque su ascendencia y raigambre se remonte, en no pocos casos, hasta la Hispania romana, así los toleran la monarquía y la Iglesia, esperanzadas en lograr su conversión, y así se reafirman ellos, aferrados a sus aljamas y tradiciones. Este esquema resulta impecable desde una óptica de tecnicidad jurídico-política, mas, adoptando otra perspectiva social y humana, nuestra percepción bien pudiera variar en aproximación al sentir de Américo Castro: “los judíos fueron arrojados de la que miraban como su patria”, entendido que “[...] eran y a la vez no eran España”²⁷... Conectamos así con la índole marcadamente subjetiva que ostenta el castigo extrañatorio, cuya afflictividad no es sentida en un grado tan objetivo o uniforme como el encarcelamiento, póngase por caso, sino que variará mucho de un sujeto a otro²⁸.

La población morisca presente en la Península se conduce dentro de coordenadas distintas a los judíos, conviviendo en barrios comunes y aplicados a las mismas faenas de tipo siempre manual, agrícolas o artesanales²⁹. Esto, aun expresando un radical desemejanza en las situaciones que el israelita y el mahometano exhiben, no debe interpretarse automáticamente en clave de integración cumplida y cabal, puesto que el moro, el mudéjar,

Reyes Católicos ordenando que los judíos salgan de sus reinos”, en Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Documentos acerca de la expulsión de los judíos*, n^o 177, pp. 391-395. Véanse José AMADOR DE LOS RÍOS, *Historia social, política y religiosa de los judíos de España y Portugal*, pp. 187-432, con el “exámen y juicio del Edicto de 31 de Marzo de 1492”; y Carlos CARRETE PARRONDO, “Reflexiones sobre el decreto de expulsión”, en Ricardo Izquierdo Benito *et al.* (eds.), *La expulsión de los judíos de España*, pp. 111-117. Estadísticamente, acúdase a MARAÑÓN, *Españoles...*, pp. 25-26; Julio CARO BAROJA, *Los judíos en la España moderna y contemporánea*, pp. 181-189, 191-270; SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Documentos...*, pp. 49-50; José María MILLÁS VALLICROSA, *Literatura hebraicoespañola*, pp. 208-215; GARCÍA-GALLO, *Manual...*, p. 717; o Haim BEINART, *Los judíos en España*, pp. 206-236.

26 Bernardo BLANCO-GONZÁLEZ, “Introducción biográfica y crítica” a Hurtado de Mendoza, *Guerra de Granada*, p. 54.

27 Américo CASTRO, *España en su historia*, pp. 496 y 494, sucesivamente.

28 Cfr. notas II/18, II/19 y II/20.

29 GARCÍA-GALLO, *Manual...*, p. 718.

el morisco nunca dejará de señalarse como invasor, enemigo de la religión, incluso cuando, converso, continúe suscitando apenas mitigadas desconfianzas. Adoptada y sostenida en principio una opción de convivencia, pasa a integrarse en los superpuestos sistemas castellanos, de alcance municipal o general³⁰ o, con referencia al este peninsular, bajo jurisdicción de los señores territoriales³¹, siendo entonces cuando el diverso estatus que dentro de la república o comunidad gozan judíos y moros llega a hacérsenos, no sólo en lo político, todavía más patente en el nivel de las relaciones sociales; empero, dicha inmersión socio-política de los moriscos no hacía sino ahondar en la animadversión de la raza dominante hacia éstos, vistos a menudo como una competencia económico-social³², y siempre como el *enemigo en casa*, por la temida connivencia de sus elementos más díscolos con la amenaza berberisca y aun franco-hugonote³³. Arrojadados de la Península los súbditos de credo hebraico bajo achaques religiosos, no étnicos, por el contrario la salida de los moriscos ostenta una orientación que ya es selectivamente racial, abstraída de las reales o fingidas creencias, siempre escéptica frente a las *conversiones* formalizadas, acogida a la distinción externa del peligro percibido en esta inmensa minoría autóctona que, a prueba de misiones evangelizadoras, nunca se dejó atrofiar sus señas de identidad, sino que, aun enraizada en la España física, permaneció en una desafección latente u ostensible hacia la España política de la Cristiandad. Ello entendido, y en orden a valorar la afflictividad de la política que acabó por expelerlos³⁴, aprovechará ilustrar la sintética

30 BLANCO-GONZÁLEZ, “Introducción...”, p. 55; *id.*, *Del cortesano al discreto: examen de una «decadencia»*, p. 443. Váyase a NRLE, XII.2.3.

31 Véase Juan REGLÁ, *Estudios sobre los moriscos*, pp. 141, 143.

32 Atiéndase a CARO BAROJA, *Los moriscos...*, pp. 218-230, 234.

33 Consúltense CARO BAROJA, *Los moriscos...*, pp. 231-232; REGLÁ, *Estudios...*, pp. 29, 143 y ss.; Emilia SALVADOR ESTEBAN, “La expulsión de los moriscos en el marco de la política internacional”, en vv. aa., *Conflictos y represiones en el Antiguo Régimen*, pp. 209-222.

34 La drástica medida adviene como culminación de múltiples vicisitudes (léase a Diego HURTADO DE MENDOZA, *Guerra de Granada*, pp. 228-230, a la luz de los datos manejados por Jordi NADAL, *La población española (siglos XVI a XX)*, pp. 46-47. Sígase el proceso de expulsión –si bien con un apasionamiento confesional que precisa ser soslayado– en Pascual BORONAT Y BARRACHINA, *Los moriscos españoles y su expulsión*, t. II, pp. 98-159, así como, escalonadamente, comenzando por los de Valencia, siguiendo por los de Andalucía, Castilla, Extremadura, Aragón y Cataluña, la subsevente ejecución, *ibidem*, pp. 190-193, 292-295, 285-287; Marco de GUADALAJARA Y XAVIERR, *Memorable expulsion y iustissimo destierro de los moriscos de España*, pp. 130r-131v, 136r-138r; Iacobo BELDA,

contemplación del problema con las quejumbrosas palabras a Sancho Panza de su vecino Ricote *el morisco*: “finalmente, con justa razón fuimos castigados con la pena del destierro, blanda y suave, al parecer de algunos; pero al nuestro, la más terrible que se nos podía dar. Doquiera que estamos lloramos por España; que, en fin, nacimos en ella y es nuestra patria natural [...]. No hemos conocido el bien hasta que le hemos perdido; [...] y agora conozco y experimento lo que suele decirse: que es dulce el amor de la patria”³⁵; el asendereado e *ingenioso manco* nos libera de intentar expresar mejor este extraño *naturales*, este *desnaturalar*... Otro problema racial y, como una réplica de la *solución* morisca, otro proceso eliminatorio contra súbditos molestos fue el de los gitanos, si bien en este caso la política expulsiva no se mostró tan resoluta o implacable, como lo prueba su fracaso³⁶, tan previsible por la dificultad que sugiere Gibert: “es ridículo expulsar a un pueblo nómada; ya se va”³⁷. Bernard Leblon, experto gitanista, ha estudiado lo que denomina *los discursos por la expulsión*³⁸, antagonistas de los programas de asimilación o sedentarización forzada que también se planificaron y ensayaron, con parejo malogro unos y otros.

Y el tan ruidoso hostigamiento de los jesuitas, dramáticamente exacerbado en 1767, ha quedado en la Historia como el tercero –último y menor– de los grandes procesos de expulsión, de extrañamiento masivo, vividos por España, implicada así en la trama conspirativa de alcance internacional

Defensio fidei in causa neophytorum siue Morischorum Regni Valentiae, totiusque hispaniae, pp. 612-618; NRLE, XII.2.4, y –de 1712, para los moros *cortados* o *libres*– XII.3.5. En cuanto a magnitudes, véase a CARO BAROJA, *Los moriscos*..., p. 245; GIBERT, *Historia*..., pp. 247-248; GARCÍA-GALLO, *Manual*..., p. 719; Antonio VESPERTINO RODRÍGUEZ, “Literatura aljamiado-morisca, literatura tradicional islámica”, en Rosa María Ruiz Moreno (ed.), *Literatura tradicional árabe y española*, pp. 90, 101-108-109.

35 Miguel de CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*, t. II, p. 446, con cuya visión se muestra de todo punto conforme CASTRO, *España*..., pp. 57-60. En torno al claudestino retorno de algunos de los expulsos, como el del cervántico Ricote, véase Francisco JAVIER FLORES ARROYUELO, *Los últimos moriscos (Valle de Ricote, 1614)*, pp. 189-193.

36 Sobre la Pragmática de 4 de marzo de 1499, véase LEBLON, *Los gitanos*..., pp. 22-23, quien entre las recurrentes medidas expelitivas consigna la expatriación de los gitanos aragoneses en 1646, valencianos en 1695 y catalanes en 1715 (*ibidem*, p. 69), pudiendo seguirse la síntesis histórica de estas políticas, v. gr., en Alejandro MARTÍNEZ DHIER, “Los gitanos y el principio de igualdad. Rasgos jurídicos históricos”, en aa. vv., *Los derechos humanos*, pp. 579-582.

37 GIBERT, *Historia*..., p. 248.

38 LEBLON, *Los gitanos*..., pp. 30-41.

que unió a las cortes de París, Madrid y Lisboa en contra de la Compañía: Portugal los echó de sus territorios en 1759, Francia en 1762, y Sicilia y Parma un año después que España, en 1768. No se ha mostrado ajena a la calificación jurídica de *extrañamiento* la bibliografía especializada, pese a aparecer más difundida la de expulsión; pero es que hasta la fuente del acto proscritor lo entendía como tal, conforme resulta ya de la petición fiscal al Consejo Extraordinario o Sala Especial que se convocó *ad hoc*, ante la que el propio acusador, Campomanes, lo que reclama es “[...] que la soberanía use de su potestad económica extrañando del reino a los jesuitas profesos y a los novicios que quieran permanecer en dicha Compañía”³⁹. Será, en todo caso, un extrañamiento entreverado de expulsiones de extranjeros –si quisiéramos superponer la taxonomía aquí adoptada– a cuenta de los padres que, siendo de otra nacionalidad, residían y ejercían su ministerio en territorio español. La condición de extrañamiento se deja luego bien patente en la disposición causante: la pragmática-sancion, de 2 de abril de 1767, para “extrañamiento de los Regulares de la compañía de Jesus de todos los dominios de España é Indias; y ocupacion de sus temporalidades”⁴⁰. Si acudimos a uno de los más conspicuos expulsos, el padre Isla⁴¹, mal dejará de suscitársenos algún titubeo ante la concepción de una medida que, estrictamente, no se identifica con una pena judicialmente impuesta –y cualquier interpretación de

39 Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Dictamen fiscal de expulsión de los jesuitas españoles (1766-67)*, p. 191; en cambio, por ejemplo, el padre José Francisco de ISLA, *Anatomía del informe de Campomanes, passim*, resolando a todas luces por la herida de su parte en el infortunio, no se duele sino de la *expulsión* –con su familia lexical– al refutar otro de los informes del *draconiano* ministro, el remitido a la Santa Sede.

40 NRLE, I.26.3, norma que secundaba el desencadenante real decreto de 27 de febrero de 1767. Véase Teófanos EGIDO/Isidoro PINEDO, *Las causas «gravísimas» y secretas de la expulsión de los jesuitas por Carlos III*, p. 9.

41 Léase a José Francisco de ISLA, *Historia de la expulsión de los Jesuitas (Memorial de las cuatro provincias de España de la Compañía de Jesús desterradas del reino a S. M. el Rey Don Carlos III)*, así como sus abundosas referencias diseminadas en *id.*, “Cartas familiares”, *Obras escogidas*, pp. 522-552, 607-616. La otra fuente esencial –ciclópea– para la visión jesuítica proviene de Manuel LUENGO, *Memoria de un exilio: diario de la expulsión de los jesuitas de los dominios del rey de España (1767-1768)*, en todo. Véase Marcelino MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles, V: regalismo y enciclopedia*, pp. 173-175; Miguel BATLLORÍ, *La cultura hispano-italiana de los jesuitas expulsos: españoles, hispanoamericanos, filipinos (1767-1814)*, en todo; Julián GÓMEZ DE MAYA, *Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española*, pp. 408-409.

los hechos nunca debería correr desentendida de este apunte—, puesto que todo se desarrolló “sin hacerles causa, sin darles traslado de la más mínima acusación, sin hacerles cargo en particular del más ligero delito, y, por consiguiente, sin oírlos”: es el caso que “[...] se los destierra, se confiscan todos sus bienes, se desacredita su conducta, y su doctrina se supone sospechosa, y aún vergonzosa la comunicación con ellos, y hasta en los negocios puramente espirituales se declara delincuente y criminoso todo comercio con sus individuos, sin exceptuar el de los padres con los hijos, ni de los hermanos con sus hermanos carnales, cerrando absolutamente la puerta, no sólo al alivio de sus penas, sino aún a la noticia de sus trabajos; y, en fin, se los confina a todos en dos estrechos presidios de la isla más belicosa, más inquieta, más asolada y más pobre que se reconoce en todos los mares de Italia, expuestos a todos los trabajos, miserias y desdichas”⁴²... Confiscación, muerte civil, infamia, inicial confinamiento insular (sabido es que fue Córcega la isla elegida), perpetuidad..., y también no inhibición del Estado respecto a la suerte posterior de los expulsos (toda vez que el gobierno español explotó la coyuntura política de unos territorios italianos, a la sazón ya independizados formalmente de España, pero que, por vínculos de parentesco y subordinación histórica, continuaban en la órbita de la corte madrileña, y, a más de preocuparse siempre por mantener bien controlados a los expatriados⁴³, continuó laborando a conciencia por apurar la postración de la Compañía⁴⁴). ¿No bullen acá algunos de los más caracterizados rasgos de la deportación?, ¿no conocieron los discípulos de San Ignacio una hibridación de su extrañamiento, siéndoles recargado con ciertas notas que sobrepujan la aflicción que para esta figura innocuizadora se describe?, ¿se entreveró con autoritarias fatigas, excedentes de la simple expulsión, el drama personal y corporativo que dio con sus malparados hábitos en el exilio?. El estudio, más adelante, del esperable desentendimiento estatal, como lógico contenido esencial al extrañamiento suministrará al prurito descriptivo-clasificador adicionales apuntes y clarificaciones. El ir y venir de los jesuitas se prolongará hasta el siglo XX a remolque de los cambios políticos⁴⁵, pero al lado de estos macroprocesos de extrañamiento se coloca

42 ISLA, *Historia...*, pp. 59-60; véase GARCÍA-GALLO, *Manual...*, p. 222.

43 Véase Inmaculada FERNÁNDEZ ARRILLAGA, *El destierro de los jesuitas castellanos (1767-1815)*, p. 17.

44 Véase Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA/María Jesús TORQUEMADA SÁNCHEZ, “La expulsión de los Jesuitas del Reino de Nápoles: algo más que una obsesión”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 7 (2000), pp. 223-307.

45 Véase GÓMEZ DE MAYA, *Las penas...*, p. 410, para el retorno en 1798 y las poste-

el uso histórico más conocido: el de su aplicación a eclesiásticos de alguna manera renuentes ante el poder real⁴⁶, uso que aún alcanza los tiempos de la Codificación. Pero, por supuesto –y ésta es práctica ya declinante en la Edad Moderna–, también lo impone el rey a nobles en disfavor⁴⁷. Acaso como una derivación de aquel uso contra eclesiásticos significados, se detecta también un extrañamiento para cualesquiera religiosos como pena arbitraria y atenuada, por delitos comunes⁴⁸.

De la lectura de los estudios más específicos acerca de los ciclos del exilio –considerado con la mayor amplitud– en la España contemporánea, cuales son los debidos a Marañón, Soldevila Oria o Vilar, un fenómeno abrumador en sus cifras⁴⁹, la evidencia que antes se nos muestra estriba en la diversidad de situaciones aptas para abocar en el efecto atendido en última instancia: la salida del país, el éxodo político-ideológico de sus nacionales; se describen, así, el *autoexilio*, el cautiverio bélico, la decretación u ordenación administrativa –ora general, ora particularizada–, la condena judicial...). De la íntima conexión que agavilla todas estas posibilidades se hace eco la reflexión de Alcalá Galiano cuando medita acerca de “la voz emigración, aplicada a los que, o desterrados o huyendo del peligro de padecer graves daños por fallos de Tribunales, o por la tiranía de los soberanos o Gobiernos, o de las turbas, se refugian en tierra extraña”⁵⁰. Dejada a un lado aquella expatriación inducida que sólo convencionalmente cabe adjetivar de *voluntaria*, respecto a la expresamente administrada desde el poder, para un trabajo como el mío, atento al arsenal punitivo allegado por los códigos, sólo la pena debería constituir en principio el objeto de su interés: es verdad que cuanto más atrás va-

riosos supresiones y expelimientos: 1801, 1820, 1835 (“Real decreto suprimiendo la orden de la compañía de Jesús”, de 4 de julio de 1835, en *CLRDO* 2 preliminar., pp. 166-167, art. 2º), 1868 (“Decreto, suprimiendo en la Península é islas adyacentes la Orden regular llamada Compañía de Jesús”, de 12 de octubre de 1868, en *CLE* 100, disp. 675, p. 290) y 1931.

46 Véase LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 251. Como ejemplo, Fernán PÉREZ DE GUZMÁN, *Generaciones y semblanzas*, p. 113.

47 P. ej., PÉREZ DE GUZMÁN, *Generaciones...*, pp. 25, 33, 84, 88, 136-140. Ferrnando DEL PULGAR, *Claros varones de Castilla*, pp. 16-17, 27.

48 P. ej., Jerónimo de BARRIONUEVO, *Avisos del Madrid de los Austrias y otras noticias*, p. 255.

49 Atiéndase a MARAÑÓN, *Espanoles...*, p. 21.

50 Acerca de la renovación conceptual del fenómeno ha quedado ya por clásica esta reflexión de Antonio ALCALÁ GALIANO, “Recuerdos de un anciano”, *Obras escogidas*, t. I, p. 206 (sigue hasta p. 207).

mos en el tiempo, más arduo resulta discernir cualitativamente la naturaleza del factor desencadenante de la restricción ambulatoria, como más imbricado lo judicial con lo gubernativo, pero a tuerto o a derecho el siglo XIX, y aun el XX, primarán un extrañamiento sin juicio ni sentencia⁵¹.

2. Ubicación en las escalas penales.

La primera versión del extrañamiento dentro del molde codificador acaece ya en el Proyecto de 1821: entre las penas corporales (su tradicional compartimento penológico) trae la de *destierro ó extrañamiento perpétuo del territorio español* –que en otros preceptos se dirá *del Reino*– en la cuarta posición de su escala, tras la deportación y antes que el destino a las obras públicas, tal como pasará al Código resultante⁵², después de que en el debate poco más hubiese sobre ella que la ponderación de su gravosidad y el apunte del peligro discriminatorio en su aplicación⁵³. El *extrañamiento del Reino* de 1830 –y, a su zaga, el de 1834– comparece entre las penas corporales en aquel precepto que las enumera sin dar a entender que las someta a criterio alguno de orden, si bien colocada luego de *la de arsenales, minas y obras públicas* (a la que

51 Véase ROLDÁN BERDEJO, *Los jueces...*, p. 15.

52 Este proyectado art. 29 PCP 1821 será el 28 CP 1822, en donde la pena mantendrá su colocación: “Cuarta. La de destierro ó estrañamiento perpetuo del territorio español”.

53 Una de las corporaciones informantes, el Colegio de Abogados de la capital, “[...] quisiera que se impusiese al que acusado de un delito atroz, no ha sido completamente convencido, pero han quedado contra él sospechas muy verosímiles”; replica Calatrava: “[...] en cuanto á la idea que propone el colegio de que se imponga una pena tan grave, que es la cuarta en órden segun el dictámen de la comision, al que acusado de un delito atroz no queda completamente convencido, la comision jamás puede convenir en una cosa que haria que el Código que van á formar las Córtes fuera incomparablemente menos liberal que nuestras leyes de Partida, á pesar de su dureza. Tan claras como la luz del medio dia, dice la ley de Partida, han de ser las pruebas para que el hombre sea condenado, y si no, debe ser quitto. ¿Y nosotros impondríamos una pena tan grave á un hombre, que no habiendo sido completamente convencido no se sabe por lo tanto que se criminal? ¿No podria ser un inocente, aunque se reunieran contra él los mayores indicios? ¿Le condenaremos por sospechas solas, por más verosímiles que fuesen? Creo que el Congreso no necesita de reflexiones para convencerse de la justicia con que la comision desecha una idea que le parece chocar con todos los buenos principios” (*DSC 1821-1822*, t. II, n^o 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336).

en 1834 se insiere, entre minas y obras, la *deportación*) y antes del *confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla*⁵⁴. Sainz de Andino, en 1831, hacía al *extrañamiento perpetuo del territorio español* décimo de los castigos para los que llama delitos enormes, entre la *reclusión en una casa de corrección por más tiempo de cinco años* y la *infamación legal*, así como al *extrañamiento temporal del Territorio Español* quinto de los aparejados a delitos comunes, entre un *servicio forzado a cuerpos fijos del ejército o a bajeles de guerra* y una *confinación* equivalente a la más habitual y definida etiqueta de confinamiento⁵⁵; en este caso, aun percibiéndose más la voluntad clasificatoria, tampoco parece demasiado meditado el orden que habría de dimanar de un discernimiento atento a la gravosidad de los correctivos. Por esas mismas fechas, en 1835, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia sigue comprendiendo el *destierro del reino* entre las penas corporales, clasificación decisiva en la economía procesal del Antiguo Régimen a los efectos de que *en cualquier estado de la causa* –reitera esta norma una clásica resultancia– al “[...] arrestado o preso, se le pondrá inmediatamente en libertad [...], pero con costas y bajo fianza ó caucion suficiente, en cualquier estado en que, aunque no resulte su inocencia, aparezca que no es reo de pena corporal”⁵⁶.

La idea inicial en 1843, al retomarse las labores de codificación penal, fue sostener un “extrañamiento del reino, que será perpetuo”⁵⁷; pasaron adelante con ello e incluyeron el *extrañamiento* (así, de momento, sin adjetivar) en su clasificación de penas, donde hace la novena de las afflictivas, anterior la relegación y posterior la degradación civil en el orden decreciente: tiene por delante trabajos forzados y reclusiones, pero precede a la prisión en segundo grado⁵⁸. Sin embargo, cuando ya había pasado la comisión a entender de las escalas graduales para posibilitar la fijación de pena superior o inferior, habiendo creado la sección segunda con las penas restrictivas de la libertad, “a propuesta de varios señores se acordó añadir el extrañamiento temporal entre el extrañamiento perpetuo y el confinamiento”⁵⁹, mas sin que se volviese de momento sobre la escala general para dispensar acomodo en ella

54 Arts. 6 PCC 1830 y 45 PCC 1834.

55 Art. 36.1 y 2 PCC 1831.

56 RPAJ 1835, art. 11, párr. 1º.

57 BCP 1844, b. 2ª.

58 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45).

59 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595 (art. 117).

a la nueva categoría recibida. Desde 1848 dos extrañamientos acceden, con todas las de la ley, a la escala general de penas, y ambos entre las aflictivas: a la muerte siguen la cadena, la reclusión, la relegación y el extrañamiento, todos a perpetuidad; acto continuo, la misma serie: reclusión, relegación y extrañamiento, pero ya temporales; este último medio de punir, hacia abajo en la escala, es sucedido por el presidio mayor⁶⁰. En las escalas graduales, la tercera tiene el extrañamiento perpetuo como segundo grado y el temporal como cuarto, a continuación en cada caso de las relegaciones de su misma duración, siguiendo los confinamientos⁶¹.

Invariada la presencia de esta pena dentro de la escala general⁶², vimos al analizar la relegación cómo el codificador de 1869 propuso un reajuste de las graduales que el legislador aceptaba y aprobaba en 1870: llevó el extrañamiento perpetuo y el temporal a los dos grados cabeceros de la cuarta escala, por delante de los confinamientos, del destierro, etcétera, conforme pasó al Código definitivo⁶³; luego, “en los casos en que la ley señala una pena superior á otra determinada, sin designar especialmente cuál sea [...]”, por superior inmediatamente se tendrá, “si fuere la de extrañamiento perpétuo, la de relegacion perpétua”⁶⁴, lo que La Serna y Montalbán tildaban de poco avenido con la lógica y la justicia⁶⁵ y Rueda Neira como incorrección desnaturalizadora de la penalidad⁶⁶. Como quiera que fuere, todas estas reglas resultan aquí poco menos que ociosas, y es que –tacha Viada– “la pena de extrañamiento *perpetuo* huelga verdaderamente en el Código: pues no la vemos señalada absolutamente en ningún artículo del mismo, ni *especialmente*, ni como *pena superior á otra determinada*”⁶⁷. El extrañamiento en el corpus penal carlista, en el de las Antillas españolas, en el filipino y en el Proyecto de 1880 sigue como venía siendo, pena aflictiva con modalidad perpetua (quinta pena, entre relegación perpetua y cadena temporal) y modalidad temporal (novena, entre relegación temporal y presidio mayor)⁶⁸, pudiendo predicarse

60 Art. 26 CP 1870.

61 Art. 79 CP 1848, el mismo en CP 1850.

62 Art. 24 CP 1848, el mismo en CP 1850 y PRCP 1869, pero el 26 CP 1870.

63 Arts. 79 PRCP 1869 y 92 CP 1870.

64 Art. 94.3^a CP 1870.

65 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 141.

66 RUEDA NEIRA, *Parte artística...*, pp. 31-32.

67 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 152.

68 Arts. 23 CPC 1875, 24 CPCPR 1879, 26 PRCP 1880, 25 CPF 1884.

lo mismo de las escalas para aplicación: el texto de 1875 ajustado al de 1850⁶⁹ y el resto al de 1870⁷⁰, menos el Proyecto de 1880, el cual raramente insiere una innovación: que por la pena superior no designada se entenderá la propia relegación perpetua con el beneficio del indulto retrasado hasta los cuarenta años⁷¹, en contra del criterio del Código vigente, que sí hacen suyo los dos indios⁷².

El Proyecto de Alonso Martínez, en 1882, elimina la perpetuidad de las penas restrictivas de libertad, proponiendo un único extrañamiento temporal como quinta de las aflictivas, inserto entre la relegación temporal y la inhabilitación perpetua⁷³. En la escala gradual, segunda, que acoge esta modalidad penológica, ya dije que compone de consuno con la relegación su primer grado, siguiendo el destierro como cierre⁷⁴. El articulado promovido en 1884 por los Silvela recompone menos abruptamente la escala de penas aflictivas en vigor, eslabonadas la muerte, la reclusión perpetua o temporal, el presidio, el extrañamiento perpetuo o temporal, la relegación perpetua o temporal...⁷⁵, y sorprendiendo esta desusada anteposición del extrañamiento a la relegación. En la segunda de sus escalas graduales, la de restricciones de libertad, según se expuso al tratar de la relegación, siete grados comparten ésta y la que ahora se considera, con el tratamiento que entonces se dejó visto; pero

[...] Cuando la pena determinada sea de extrañamiento, las penas superiores serán siempre de extrañamiento, y las inferiores de extrañamiento ó destierro⁷⁶.

El Código jalfiano de 1914 se fija en la escala penal del Proyecto *Silvela* para arreglar la propia, de manera que en ésta el extrañamiento ocu-

69 Art. 75 CPC 1875.

70 Arts. 90 CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 91 CPF 1884.

71 Art. 92 PRCP 1880.

72 Arts. 92.3^o CPCPR 1879 y 93.3^a CPF 1884.

73 Art. 32 PCP 1882.

74 Art. 87 PCP 1882.

75 Art. 39 PCP 1884.

76 Art. 87, párr. 2^o, PCP 1884: “Cuando la pena determinada sea de extrañamiento, las penas superiores serán siempre de extrañamiento, y las inferiores de extrañamiento ó destierro; y cuando la determinada sea de relegacion, las superiores serán siempre de relegacion, y las inferiores de relegacion ó destierro; de manera que para buscar la pena superior ó inferior nunca se pasará del extrañamiento á la relegacion ó viceversa”. Otrosí, revítese el art. 73.2^a PCP 1884.

pa, dentro de la penalidad aflictiva, idéntico lugar, cuarto, tras la muerte, las reclusiones y el presidio, aunque ya no nominado como extrañamiento perpetuo o temporal, sino desadjetivado según corresponde al descarte de su perpetuidad⁷⁷. La otra variación ahora relevante consiste en que, excluida también la pena de relegación, a la de extrañamiento ya van a seguirle, escala abajo, las inhabilitaciones⁷⁸ (y acaba de remarcar que en la tabla clasificatoria de 1884 el extrañamiento había quedado ya por encima de la relegación).

Las bases de Alonso Martínez en 1887 tenían el único extrañamiento conservado, temporáneo, por pena aflictiva, posterior a una relegación también sólo temporal⁷⁹, de forma que perseveraba el ministro burgalés en las directrices de su previo Proyecto. El de Montilla y Bernaldo de Quirós, en 1902, preludia la elección legislativa de 1928, toda vez que saca el extrañamiento de su batería punitiva, conservando únicamente como restricciones territoriales la relegación y el destierro⁸⁰. En el anteproyecto de Quintiliano Saldaña tal elisión será aparente y sólo nominal, en cuanto que ubicaba el extrañamiento, rebautizado como *expatriación*, entre las penas de privación de libertad en su modalidad de *expulsión*⁸¹; el Proyecto de Ley de bases resultante del anterior ensayo la convierte en *destierro nacional*⁸². El Código de 1928, sustituyendo al vetusto de 1870 y sustituyendo su todavía más vetusta escala, renuncia, pues, a este castigo⁸³, pero se ve obligado a tenerlo presente dentro de sus disposiciones transitorias para precaver la sustitución de penas operante en ciertos artículos que deja subsistentes mientras no se dicten una nueva Constitución y ciertas leyes especiales para defensa de las Cortes, reemplazando “extrañamiento perpetuo y temporal, por deportación”, aunque “las nuevas penas, mientras se aplique esta disposición transitoria no excederán en duración, en cada caso, a la fijada por los artículos del código que hasta ahora ha regido”⁸⁴.

77 Art. 35, párr. 5º, CPPM 1914.

78 Art. 29 CPPM 1914.

79 PLB 1887, b. 9ª, que registra como aflictivas las penas de muerte, reclusión perpetua, reclusión temporal, relegación temporal, extrañamiento temporal e inhabilitación perpetua.

80 Art. 35 PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 53.

81 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 104 (art. 57 ACP 1920).

82 PLB 1921, b. 16.

83 Revísese el art. 87 CP 1928.

84 Art. 856 CP 1928.

Luego, al ser recuperada la sanción extrañatoria junto con el sistema penológico tradicional por el corpus de la Segunda República, vendrá afectada por las reformas a que éste es sometido: la eliminación de la modalidad vitalicia y el cambio en la nomenclatura y disposición clasificatoria de las sanciones aprestadas (de penas aflictivas, correccionales, comunes y accesorias, se pasa a graves, leves, comunes y accesorias, con distribución no limitada a la mera retitulación de los bloques). Entonces, el extrañamiento, únicamente temporal ya, queda como pena grave, después de todas las privativas de libertad, arresto mayor inclusive, y al frente de las otras dos meramente restrictivas de aquel bien jurídico que subsisten y le siguen: confinamiento y destierro; a impulso de la entrada o salida de algunas penas, es octava en 1932, novena en 1944 y 1963 y 1973, sexta en virtud de la reforma urgente y parcial de 1983⁸⁵: este tenor es ya el que derogará el Código de 1995. Con relación a las escalas graduales, el extrañamiento encabeza la tercera de 1932, 1944, 1963 y 1973⁸⁶, la segunda desde 1983⁸⁷.

En el medio, citemos el totalitario Anteproyecto de 1938, donde, tanto la escala general de penas –entre las graves– como la gradual para su aplicación sitúan el extrañamiento justo después de la relegación y antes del confinamiento⁸⁸. Pero donde este texto penal pasa de curioso a insólito es en la escala general de medidas de seguridad, la primera de las cuales consiste en cierta *expulsión del territorio nacional o colonial*, o sea un extrañamiento en toda regla⁸⁹, tan sorprendente como las varias posibilidades de internamiento o encierro que le siguen, máxime con el previsor aditamento de *cualquier otra prevención de igual entidad o análoga a las anteriores que el Tribunal considere útil para el fin de precaver la reincidencia por parte del sujeto a la medida de seguridad*⁹⁰: ¿una relegación al Golfo de Guinea, por ejemplo.? Buscando alguna luz, leemos a Saldaña que : “en un aspecto –metafísico y

85 Art. 27 CP 1932 (cfr. LBCP 1932, b. 6^a) y todas sus revisiones por venir.

86 Arts. 77 CP 1932, 73, párr. 4^o, CPTR 1944 y CPTR 1963.

87 Art. 73, párr. 4^o, CPTR 1973, con las variaciones operadas (supresión de las penas capital y presidiales) por la “Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal”, en *BOE* n^o 152, de 27-VI-1983, disp. 17890, pp. 17909-17919 (corrección de erratas en *BOE* n^o 175, de 23-VII-1983, disp. 20570, p. 20574).

88 Arts. 27 y 65.1^o AFCP 1938.

89 Ésta y la medida de *expulsión del territorio nacional* del ABCP 1972, b. 7^a.8, son las únicas nominaciones analógicas que entre todos los Códigos es posible encontrar a la pena habitual.

90 Art. 27 AFCP 1938.

jurídico— la medida de seguridad es la esencia espiritual, ética, de la pena”, ejemplificando en cuánta medida, así comprendido, de la tragedia de los *trabajos forzados* surte la apacible *casa de trabajo*, como del infamante *extrañamiento* la simple *expulsión*, y “entonces, la medida de seguridad es una, humanizada, *semblanza penal*”; empero, la verdad es que no llega a aclarar demasiado: a uno se le hace más o menos patente la distancia que puede haber de unos trabajos forzados a una casa de trabajo para jóvenes, pero de un extrañamiento a una simple expulsión deben de mediar sutilísimos distinguos de discernimiento harto vidrioso... Él mismo, más adelante, no ve más que una pena bajo ambas designaciones teóricas: “el ‘extrañamiento del reino’ ó ‘expulsión del territorio’ es pena *eliminativa*”⁹¹. El otro Proyecto franquista, de 1939, da al extrañamiento la vigente posición en la escala de las penas graves, tras las de privación de libertad, encabezando las de su restricción⁹², de la misma manera que en las escalas graduales la deja abriendo asimismo la tercera⁹³. Las bases presentadas en febrero de 1939 por la Comisión General de Codificación, que están en el fondo del texto refundido de 1944, habían desechado el extrañamiento del *sistema de penas*⁹⁴, pero, aceptada en la correspondiente sección de aquélla la enmienda de su recuperación⁹⁵, mantúvose al cabo dentro del Código dado a promulgar.

Siempre entre las más graves penas, corporal en la antigua nomenclatura, aflictiva en la que, en sustitución, introdujo el Código de 1848, el extrañamiento ha figurado casi siempre tras la deportación o relegación en las escalas penales, aunque no falte alguna excepción como el Proyecto de los Silvela. Su gravedad parece haber venido a menos, particularmente desde que perdiera la perpetuidad, nota ésta de un peso tal que lo había llevado a tener consideración más grave que otros castigos ciertamente de notable penosidad, como las obras públicas de 1822, como la cadena temporal o el presidio desde 1848. Queda al final del ciclo, desaparecida la relegación, como la más dura sanción punitiva de las que restringen la libertad circulatoria subsistentes (veremos que tanto por el territorio afectado, como por la extensión temporal que puede recorrer⁹⁶), a las cuales siguen ya las inhabilitaciones y

91 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, pp. 212, 306.

92 Art. 31 PCP 1939.

93 Art. 86 PCP 1939.

94 Cfr. nota III/251.

95 LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 808.

96 Léase, sobre su penosidad y gravedad, a ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, pp. 35-36.

suspensiones de derechos. Cabe marcar algunos hitos atendiendo al aspecto temporal en esta evolución que acaba de contemplarse: los que marcan el trayecto que lleva al extrañamiento desde su clásica perpetuidad hasta la imposición limitada en lo durativo, pasando por una fase intermedia en que, como la relegación, se bifurca en una modalidad de por vida y otra por tiempo cierto, conforme se examinará en el correspondiente apartado; aún, lo más digno de ser subrayado radica en su ardua permanencia a lo largo del siglo XX dentro del orden penal: prescinden de él el Proyecto de 1902 y el Código de 1928, pero además, mientras el confinamiento y el destierro logran reciclarse de alguna manera como medidas de seguridad, ninguna de éstas hay ya que presente analogías con la extrañación.

3. Definiciones legales

Si antes me detuve preliminarmente en la política expulsiva, extrañatoria, a gran escala que la Monarquía hispana despliega en ciertos frentes, ahora, por no dejar sin su muestra el extrañamiento procesalmente impuesto por la justicia del Antiguo Régimen, entresaco un conocido reo: extrañado lo fue, en 1732, el sobrenombrado *gran piscator de Salamanca*, Torres Villarroel, por su presunta complicidad en cierto delito de sangre: sin tomársele declaración ni posibilitarle defensa alguna, llega el proceso a la condena de referencia⁹⁷, en cuyo cumplimiento “se entró por mis puertas el alcalde mayor [...] y me notificó la orden del rey, en que su majestad se dignaba de que fuese extrañado de sus dominios. Salí en aquella tarde con dos corchetes y un escribano, y en treinta horas me pusieron [desde Salamanca] en Portugal, sujeto a las leyes del señor don Juan V, el justiciero y piadoso monarca de aquel breve mundo”⁹⁸. Quedando este castigo a Torres fuera del período histórico-legislativo en el que debo centrarme, sin embargo, contiene tan plástica imagen que ilustra como la mejor definición: el reo es *puesto* en otro país, sujeto en adelante a las leyes de éste, como desgajado del suyo propio. He aquí un aspecto, este *desaforamiento*, no remarcado por los enunciados de la pena en los Códigos. A la verdad, parece la pena de extrañamiento poco necesitada de

97 No encuentro voz más autorizada para informar de esta condena que la del protagonista, Diego de TORRES VILLARROEL, *Mi vida y aventuras*, pp. 110-111, 119-120; *id.*, *Juguetes de Talía, entretenimientos del numen*, t. VII, pp. 28-29, 184-191, 246-247.

98 TORRES VILLARROEL, *Mi vida...*, p. 116.

una descripción regular en la ley y, sin embargo, son a menudo estos conceptos en principio indisputables los que luego pueden disgregarse en la mayor laxitud, asimilando, de tan claros como se los presupone, casi todo lo que se les acerque de alguna manera...: medítese, si no, en la sólo apuntada cuestión de la naturaleza jurídica de las expulsiones masivas precontemporáneas; pero también el siglo XIX se presenta pródigo en multiformes floraciones del exilio y no siempre resultan discernibles sus categorías. Para empezar, en el corpus *trienal*, con el mayor laconismo:

El que sea condenado á destierro perpetuo ó estrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él⁹⁹.

A simple vista, poco más parece preciso decir: consiste en la condena a permanecer de por vida fuera del territorio nacional, en cuya ejecución se procede a expeler al reo. Empero, “no por ser evidente el concepto ha de omitir el legislador su *definición de la pena*; ya que en ella no se agota el contenido de la represión”¹⁰⁰ –avisa Saldaña–; en contra, para un Jiménez de Asúa no falta de razón, “nada nuevo enseñan al técnico y oscurecen las ideas del profano”¹⁰¹... En procura, con todo, de alguna utilidad, encontramos que los proyectos venideros tampoco ahondarán más en pena de contenido tan patente: bajo aquella premisa se conducen el de 1830 y el de 1834, con ocasión *De la ejecución de las sentencias*, al precaver que

Los condenados a extrañamiento del Reino serán conducidos a la frontera más próxima: en la línea divisoria se les notificará segunda vez la sentencia¹⁰².

Si acudimos al proyecto intermedio, ya queda visto cómo, en su escala penal para *delitos comunes*, Sainz de Andino admitió la temporalidad del extrañamiento, y a desarrollar este punto de la duración, así como a tratar del procedimiento ejecutivo –conforme habían hecho sus predecesores– ciñe el artículo que le reserva:

99 Art. 52 CP 1822, de tenor apenas gramaticalmente alterado, sólo por lo que a esta proposición inicial hace, proveniente del 53 PCP 1821: “El que sea condenado á destierro perpétuo ó extrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerlo fuera de él”.

100 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 97.

101 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 722.

102 Arts. 722 PCC 1830 y 794 PCC 1834, coincidentes.

La pena de extrañamiento del Reino podrá imponerse por toda la vida del reo o por un tiempo determinado que no podrá bajar de cinco años, ni exceder de diez. Los que sean condenados a sufrirla serán conducidos por dependientes de justicia hasta la frontera del territorio español donde se les intimaré la prohibición de volver a entrar en él bajo las penas que prescribe el artículo 1146¹⁰³.

Cuarto intento desde el fiasco *trienal*, el Proyecto elevado al legislador en 1845 se concentraba de lleno en la faceta espacial al abordar la calificación de este castigo:

El extrañamiento del Reino se sufrirá lanzando al sentenciado del territorio español con prohibición de volver a él ni a algunas de las posesiones españolas durante su vida¹⁰⁴.

El enunciado del Código de 1848 reniega esta ascendencia y torna a reducir todo el énfasis sobre el aspecto temporal, haciendo suya ya la posibilidad limitada en el tiempo que proyectara Andino; lo que sí toma del Proyecto que le antecede es la decisión de definir sin complejos –inevitablemente, acaso con resultados perogrullescos, pero cumpliendo una de las funciones de un Código– la institución del extrañamiento:

El sentenciado á extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuere perpetuo; y si fuere temporal, por el tiempo de la condena¹⁰⁵.

Así, el extrañamiento consiste en la expulsión por más o menos tiempo del territorio español, y esto es lo que repetirán las versiones de 1850 a 1884¹⁰⁶, como también, con muy ligera alteración nacida del abandono de la penalidad perpetua, el ensayo de 1882 y las refundiciones oficiales de 1932 en adelante, incluso el Anteproyecto de F.E.T. y de las J.O.N.S. y el Proyecto del Ministerio de Justicia fechado el infausto *Año de la Victoria*:

103 Art. 63 PCC 1831.

104 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567 (art. 66). Acerca de la ulterior admisión de un extrañamiento no medido con la existencia del reo, acúdase a *ibidem*, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595.

105 Art. 103 CP 1848, incólume en CP 1850 (repásense sendos arts. 24 de entrambos textos legales).

106 Art. 103 CP 1850 y PRCP 1869, art. 112 CP 1870, art. 99 CPC 1875, art. 110 CPCPR 1879, art. 109 PRCP 1880, art. 111 CPF 1884.

El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena¹⁰⁷.

Pero aquel mismo año de 1884 en que el Código Penal para Filipinas se ceñía a la dicción tradicional en el ordenamiento, otro texto, *in fieri*, el de los Silvela, ensayaba nuevo tenor:

El condenado á extrañamiento perpétuo será expulsado del territorio español, y no podrá volver á él si no fuere indultado.

El condenado á extrañamiento temporal será expulsado del territorio español, por el tiempo de la condena¹⁰⁸.

De positivo, poco más que la expresión está cambiando. Sí en un corpus influenciado por éste, aunque no en tal materia, muy mediatizada por las peculiaridades de la aplicación territorial: me refiero al Código Penal para el Protectorado de Marruecos, escasamente útil, por ende, a los efectos comparativos aquí perseguidos.

El condenado á extrañamiento será expulsado de la Zona española por todo el tiempo que dure la condena¹⁰⁹.

No hay que perder nunca de vista que, si el Código marroquí es español por su factura, por la doctrina que lo anima, se dirigía a un territorio de índole muy diversa al antillano o al filipino, que eran España con todas las de la ley; en contraposición, el Protectorado no era España, sino tan sólo una tierra, un país colocado bajo su administración y control; parece muy natural, por consiguiente, que este extrañamiento lo fuera de la Zona española, sin afectar para nada a la metrópoli ni al resto del ya raquítico *imperio* colonial. Saldaña, en el articulado preparatorio de 1920, definió así su *expatriación*:

El ciudadano español sentenciado a expatriación (extrañamiento), será expulsado del territorio nacional *indeterminadamente*, o por el tiempo de la condena¹¹⁰.

Como penúltima incidencia en la línea evolutiva de esta pena a través

107 Art. 100 PCP 1882; art. 89 CP 1932, luego 86 a partir de CPTR 1944; que es el 81, párr. 1º, AFCP 1938, y el 99 PCP 1939.

108 Art. 53 PCP 1884.

109 Art. 84 CPPM 1914.

110 SALDAÑA, "La reforma..." [136], p. 105 (art. 63 ACP 1920).

de la ley codificada, no olvidemos que resultó descartada por la *mutación* del sistema penológico pretendida en 1928¹¹¹, como falta también en nuestro ordenamiento actual desde 1995¹¹². El Código promulgado durante la Segunda República había querido recuperar el extrañamiento junto a la contextura de 1870 y lo hizo con aquel tenor ya inveterado, subsistente hasta el Texto Refundido de 1973 inclusive:

El sentenciado a extrañamiento será expulsado del territorio español por el tiempo de la condena¹¹³.

Los sucesivos corpus, en vigor o en proyecto, deambulan sin apenas excepción por el carril de la más escueta imagen de una expulsión. Sólo Sainz de Andino y Seijas Lozano atinan a consignar la prohibición de volver a entrar, pero aún queda otra perspectiva no descrita, ésa que un particular, un condenado hacía patente: su sujeción a las leyes del país de recepción, erradicado que ha sido del propio; como tampoco se hace –hacemos– el suficiente hincapié en que “[...] no es preciso que el delincuente sea nacional del país que le condena”¹¹⁴, por mucho que se entienda pensada la pena para el autóctono o nativo, por mucho que al extranjero ya amenace la expulsión...

4. Contenido punitivo

A] Contenido esencial

a) El vedamiento del territorio

El extrañamiento consiste con toda nitidez en la prohibición de entrada y estancia en el territorio nacional, prohibición cuyo quebrantamiento cuida por lo común el legislador de prevenir mediante la amenaza de otra respuesta penal. Puede pasarse por alto la precisión de Filangieri de tener esta pena por privativa o suspensiva de las prerrogativas civiles, más que de la libertad, cuya intervención sería entonces sólo un procedimiento¹¹⁵: el aspecto geográ-

111 Vuélvase al art. 87 CP 1928.

112 Váyase a los arts. 33 y 39 CP 1995.

113 Art. 89 CP 1932, arts. 86 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

114 BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones...*, p. 34.

115 FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, p. 15.

fico no es accidental, la interdicción de aquellas prerrogativas sí parece una consecuencia incluso graduable. Acaso, ante este elemento esencialísimo de la punición estudiada, el quid de la cuestión radique en qué sea entendido por territorio del Reino o del Estado. En cualquier caso, no es éste lugar a propósito para trazar la seriación de tratados internacionales –fronterizos de España con Francia y Portugal, de proyección colonial...– que durante los siglos XIX y XX han ido conformando la concepción cuantitativa de territorio nacional¹¹⁶. La primera de nuestras Constituciones históricas sintió el deseo o la necesidad de establecer con rotundidad una materia que sus sucesoras, hasta hoy, han renunciado a acometer, no arredrándose ante la pormenorización de reinos y regiones¹¹⁷.

En el Código *trienal* la fórmula de este elemento constitutivo de la extrañación consistió en poner al condenado fuera del territorio español¹¹⁸, cuyo concepto, con tanta prolijidad descrito por la norma fundamental nuevamente imperante, seguía viéndose sometido, a la altura de 1822, a los inexorables recortes del independentismo americano¹¹⁹, consejeros, en consecuencia, de

116 Véase, v. gr., *EJE*, t. XXIX, pp. 626-630.

117 Art. 10 CPME 1812: “El territorio español comprende en la Península, con sus posesiones é islas adyacentes, Aragon, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaen, Leon, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares y las Canarias, con las demas posesiones de Africa. En la América septentrional, Nueva-España, con la Nueva-Galicia y península de Yucatan, Goatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba, con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo domingo y la isla de Puerto-Rico, con las demas adyacentes á estas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva-Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Rio de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas y las que dependen de su gobierno”. En cambio, el art. 8 de la “Constitución de la República española de 9 de Diciembre de 1931” [CRE 1931], en *CLEAC* 127, disp. 2185, pp. 501-520, no habla más que de *los límites irreductibles de su territorio actual*; o la vigente CE 1978, art. 8, de *integridad territorial*; las intermedias, ni aun esto, a no ser el PCFRE 1873, según cuyo art. 1, párr. 1º, “componen la Nación española los Estados de Andalucía Alta, Andalucía Baja, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla la Nueva, Castilla la Vieja, Cataluña, Cuba, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, Puerto Rico, Valencia, Regiones Vascongadas”, en tanto que, *ibidem*, art. 2, “las islas Filipinas, de Fernando Poo, Annobon, Corisco y los establecimientos de Africa, componen territorios que, a medida de sus progresos, se elevarán a Estados por los poderes públicos”.

118 Art. 52 CP 1822 (y 53 PCP 1821).

119 Acúdase, por ejemplo, a CARR, *España...*, pp. 109-113 y 149-152, con su

enunciados más abiertos y amoldables al devenir de la Historia. Desde este otro punto de vista, cualitativo, preferiremos quedarnos con que el territorio nacional es “el que corresponde á toda una Nación y se contrae no sólo á la tierra en él comprendida, esto es, á sus ciudades, villas y aldeas, sino hasta cierta distancia de la costa cuando como límites ó fronteras tiene el mar, que á este efecto se llama mar territorial, porque el Estado tiene en él la posesión jurídica á fin de defenderse de cualquier agresión de que pudiera ser objeto”¹²⁰, lo que Landrove epitoma como *territorio de soberanía nacional*¹²¹. Mostrábase tan explícitos los proyectos de 1830 y 1834 respecto de este elemento constitutivo de la pena extrañatoria como lo es asentar que “los condenados a extrañamiento del Reino serán conducidos a la frontera más próxima”, hasta la misma *línea divisoria*, sobre la cual se procede a la relectura de la sentencia¹²²; el siguiente paso, el culminante acto expulsivo, queda dicho con la propia denominación de extrañamiento. Tales reos, según Sainz de Andino prepara en solitario, “[...] serán conducidos por dependientes de justicia hasta la frontera del territorio español donde se les intimará la prohibición de volver a entrar en él”¹²³, redacción diversa, mas no divergente de aquélla otra. Más se asemeja el dictado del Proyecto de 1845 a sus predecesores en el intento que al fruto obtenido tres años después, ya que esta pena había de practicarse “[...] lanzando al sentenciado del territorio español con prohibición de volver a él ni a algunas de las posesiones españolas”¹²⁴. A despecho de ese esfuerzo caracterizador, el extrañado, desde 1848, lacónicamente “[...] será expulsado del territorio español”¹²⁵, salvo bajo el texto de 1928, que –sabido

condensado, aunque penetrante, repaso cronográfico; pero, sobre todo, a GARCÍA-GALLO, *Manual...*, pp. 904-911.

120 *EJE*, t. XXIX, p. 626 (y precisa el mar territorial de aquel entonces, vigente el Código Penal de 1870, “cuya distancia está regulada en tres millas á contar desde la playa, pero que podrá extenderse hasta el alcance máximo de los mejores cañones”). Véanse CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, pp. 226-229, o PESSINA, *Elementos...*, pp. 238-239.

121 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 88.

122 Art. 722 PCC 1830, que sería luego el 794 PCC 1834.

123 Art. 63 PCC 1831.

124 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567 (art. 66).

125 Arts. 103 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 112 CP 1870, art. 99 CPC 1875, art. 110 CPCPR 1879, art. 109 PRCP 1880, art. 100 PCP 1882, art. 111 CPF 1884, art. 54 PCP 1884, art. 89 CP 1932, art. 81, párr. 1º, AFCP 1938, art. 99 PCP 1939 y arts. 86 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973. En SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 63 ACP 1920), “[...] será expulsado del territorio nacional”.

es— prescindió de esta pena como hoy repite el de 1995, o la anecdótica curiosidad del Código colonial de 1914, por el cual “[...] será expulsado de la Zona española”¹²⁶, como que, aun siendo un Código español, no se destinaba a todo ni parte de una potencia de la cual dependía, España, pero a la que no pertenecía. Finalmente, ante el *último* extrañamiento, ya en la etapa democrático-constitucional del Texto Refundido de 1973, la doctrina vino a entender que “por territorio español ha de entenderse la unidad constituida por la nación político-territorial del Estado español”¹²⁷.

No existe en absoluto una directriz al juzgador como la que desde 1870 humaniza el confinamiento (“los tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión ó modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia”¹²⁸), si bien al profesor Landrove, para escoger el punto fronterizo de ejecución, le “parece justo —a pesar del silencio legal al respecto— que se tengan en cuenta las posibilidades de adaptación e integración del reo a su nuevo asentamiento físico. La ignorancia de tal exigencia incrementaría gratuitamente el carácter aflictivo de la pena”¹²⁹, lo cual no pasa de ser longánimo deseo, pero, sin reflejo legal, nada más. Oportuno parece en esta materia del territorio que al reo se le veda volver a traer a colación aquel extremo incluido en 1911 entre la desiderata del Proyecto de Bases para un nuevo Código: la desaparición definitiva del extrañamiento, “[...] a fin de que las penas, sin distinción, puedan cumplirse dentro del territorio español”¹³⁰, resonancia de una disconformidad contundente con su más tangible contenido; tal es el argumento que acabará desahuciándolo de las escalas penales. El extrañamiento, entonces, expele al reo del territorio nacional, sin discriminación entre el peninsular, el adyacente ni el colonial o ultramarino, de todo el territorio, pues. Lo expele, ¿pero adónde?: ningún Código ha ofrecido pauta alguna ni mecanismo limitativo del gobierno en la elección del país sobre el que se vaya a poner a aquél, al que tiene medios de coercer para acatar su decisión (cuando la pena es temporal o amenazándole en las posesiones que le queden en la patria¹³¹...). La libertad de la Administración es completa en este asunto, salvo

126 Art. 84 CPPM 1914.

127 Mariano GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA *et al.*, *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*, p. 91.

128 Art. 116, párr. 2º, CP 1870.

129 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 89.

130 PLB 1911, b. 17.

131 NÚÑEZ, *Ciencia...*, pp. 192-193.

protestas o réplicas del receptor..., no tan infrecuentes como para ahorrarse esta pena la objeción de que “[...] es impracticable hoy por la resistencia recíproca de los Estados”¹³².

b) El desentendimiento del Estado.

Si no tan evidente como la proscripción territorial, otro elemento encierra el extrañamiento no menos relevante y que viene a distanciarlo en mayor grado de las demás penas de su género: es la total desvinculación para lo sucesivo que, en principio, va a suponer entre el reo y el Estado que se lo impone. Veremos que no siempre –en realidad, muy pocas veces– sucede así, mas ésa es como mínimo la idea que la teoría del extrañamiento suscita cuando la ley lo quiere perpetuo. En un primer vistazo, tenemos ya aquí lo que podría constituir una notable excepción a dicho desentenderse el Estado de su súbdito o ciudadano: el extrañamiento meramente temporal (recuérdese que de elaboración derivada, no construido primigeniamente, sino evolución postrimera de la pena); sin embargo, no se engendra en esto la quiebra del principio, toda vez que, mientras dure su imposición, el Estado tendría que permanecer simplemente alerta ante un eventual intento de quebrantamiento, mas tan despreocupado en absoluto de la suerte que pueda correr el extrañado como en uno de tipo inextinguible, recuperando tan sólo el interés por él al cumplimiento de la pena, si ánimo de retorno le quedare. Respecto a este peliagudo ingrediente de la extrañación en lo que va de la teoría a la práctica se hace necesario deslindar, pues, las elaboraciones de los autores que han ensayado algún tipo de enfoque dogmático sobre esta pena frente a las concreciones plasmadas en la Gaceta y, sobre todo, frente a su aplicación ejecutiva. En pura doctrina penológica, con la deportación, el Estado lleva al reo hasta los arrabales de sí mismo y allí lo confina bajo cierta intervención de su libertad de acción allende la escueta restricción geográfica; sin embargo, al que decide extrañar lo pone sobre la raya fronteriza para a continuación darle el empujón desgajante que lo abandone a su incierta suerte apátrida: a aquél va a someterlo al control conductual que puede ejercer sobre él en territorio perimetral pero aún de su dominio, de éste se desentenderá más allá de la atención aduanera tendente a impedir su retorno al vedado territorio patrio. Hasta aquí, la teoría: “la ejecución, pues, de esta pena, no consiste más que en

132 ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia...*, p. 209.

conducir al reo á la frontera, en la cual empieza verdaderamente su cumplimiento, cesando la jurisdicción de las autoridades españolas¹³³; es un *expulsar del territorio español al condenado, dejándole luego en completa libertad*¹³⁴ –apostilla el letrado Huguet Campañá– y, a lo que parece, el Estado no se contenta con transferirlo, lo desvincula de sí. Ahora, no hay más que volver la mirada sobre el paradigmático acoso a los jesuitas expulsos para constatar que nunca el Estado ha consentido del todo en hacer caso omiso (con una u otra intensidad: el de la Compañía es una muestra extrema) de aquellos que arrojaba de su superficie. Este comportamiento se repitió a lo largo de todo el siglo XIX con los exiliados políticos a Francia o Inglaterra, a quienes se procuraba mantener bajo vigilancia diplomático-policial allá donde se estableciesen, cuando no ponerles las cosas sobremanera difíciles mediante la influencia y presión ante el gobierno del país de acogida. Puig Peña toca con sumo tino este aspecto o deficiencia de la extrañación mientras explana el confinamiento: “el condenado sale del territorio nacional y puede dedicarse a desarrollar una actividad totalmente contraria a los intereses del Estado, ya que no hay nadie que le vigile o pueda vigilarle”¹³⁵; se verá, al considerar la práctica del extrañamiento gubernativo cómo, ya desde el Directorio militar de Primo de Rivera, pierde tal medida de represión las preferencias del poder a beneficio del confinamiento, mucho más eficaz en orden al control del ciudadano molesto o peligroso. No hay otra forma de evitar lo que le acació a Fernando VII con su ambicioso y pretendiente hermano al desterrarlo¹³⁶... Así sobre el papel, una necesidad sentida a la que no da escape la ley buscará por resquicios y pasajes su realización a tuerto o a derecho: la vigilancia, no ya de los extrañados judicialmente, sino de cualesquiera exiliados políticos hubo de realizarse clandestina, subrepticamente por agentes del Estado expulsivo en el exterior, Francia e Inglaterra en el caso español, captándose a ser posible a las autoridades homólogas¹³⁷. Para su desdicha, siempre tuvo el extrañado alguien, compatriota o no, que le vigilase o pudiera vigilarle...

Mas reintegrémonos a los ámbitos de la ley penal. Curiosamente, el año 1822, el destierro perpetuo del Reino, que queda fuera *de la rebaja de*

133 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 505.

134 PEDRO HUGUET CAMPAÑÁ, *El abogado popular*, t. V, p. 236.

135 PUIG PEÑA, “Confinamiento”, p. 937.

136 Véase VILAR, *La España...*, p. 200.

137 Véase VILAR, *La España...*, *passim*; RIVADULLA BARRIENTOS, “El exilio...”, p. 323; o EDUARDO GONZÁLEZ CALLEJA, “La emigración política y la oposición violenta a la monarquía restaurada (1897-1931)”, *Hispania* 62/2/211 (V/VIII-2002), pp. 490-504.

*pena á los delincuentes que se arrepientan y enmienden*¹³⁸, tampoco viene regulado en materia *de la rehabilitacion de los mismos despues de cumplir sus condenas*¹³⁹: allí son los reos de trabajos perpetuos, los deportados y otros condenados a pena corporal o no corporal de un número determinado de años; aquí, los sentenciados *despues de haber cumplido sus condenas corporales ó infamatorias* –y, por ende, temporales–. Si, en el resto de penas en teoría inextinguibles, “perpetuidad [...], verdaderamente no la hay”, si “la perpetuidad, repito, es nominal; y la comision, dejando á los condenados [...] una esperanza de aliviar su suerte con su buena conducta, no ha hecho más que arbitrar un motivo ó estímulo de correccion”¹⁴⁰, si “la comision [...] no se hubiera resuelto á proponer la pena de trabajos perpétuos y la deportacion, si no contase con que se habia de dar esta esperanza á los reos para obtener cierta rebaja por medio del arrepentimiento y la enmienda”¹⁴¹, ¿en qué desequilibrada situación quedaba el extrañado con respecto a las otras clases de reos *de por vida*, desatendido hasta tales extremos por el ordenamiento penal que lo castiga? Acordándonos de que como penado tiene perdida la calidad de ciudadano español en tanto no obtenga la rehabilitacion¹⁴², ello parece indicativo de dos cosas: por una parte, de hasta dónde ha de llegar el desentendimiento del Estado, despreocupándose tanto de una recuperación merecida, aunque graciosa, de derechos por el sujeto como de trazar un proceso para su eventual rehabilitación; por otra de la confianza del sistema en que, por

138 Arts. 144 a 149 CP 1822. A la medida pueden acogerse los condenados a trabajos perpetuos, a deportación, *á otra pena corporal ó no corporal de un número determinado de años que pase de dos* (art. 144) o a pena de infamia (art. 145).

139 Arts. 150 a 153 CP 1822.

140 DSC 1821-1822, t. II, ses. 21-XII-1821, n° 88, p. 1389. Una y otra vez, reitera la comisión que estuvo en su ánimo “[...] evitar que estos desgraciados se desesperen y se hagan peores, alejar de ellos esa idea desconsoladora de la perpetuidad, ó al menos modificarla en términos que sepa el delincuente que aunque fué condenado á una pena perpétua, tiene abierto el camino para que se le subroge en otra más suave si se enmienda y arrepiente” (*ibidem*, t. III, ses. 3-I-1822, n° 100, p. 1611).

141 DSC 1821-1822, t. III, n° 100, ses. 3-I-1822, p. 1611. “La comision [...] juzgando aquí por los sentimientos de su corazon, puede asegurar á las Córtes que este artículo es uno de los pocos que la satisfacen en el proyecto, acaso el que presenta con más confianza de que será bien recibido” (*ibidem*); y solamente “[...] ha propuesto y las Córtes han aprobado cierta clase de penas, como las de trabajos perpétuos, deportacion perpétua, etcétera, en cuanto estaban contrabalanceadas con la esperanza de que el que diese pruebas positivas de su enmienda, lograria una disminucion de ellas” (*ibidem*, p. 1612).

142 Art. 24.3° CPME 1812.

fas o por nefas, el extrañado acabará siendo restituido en cuanto cambien las circunstancias políticas que lo han arrojado de España, por lo cual no hay que pensar en trámites judiciales cuando será el celo gubernativo el que se traiga *a los suyos...* mientras se libra *de los otros...*, y, así, con poco menos que puntual alternancia. Además, recrimina Silvela un reintegro a través de tales vías, pero también el arrojamiento, casi siempre acometidos *por lo comun presurosamente*¹⁴³... Ésta es la teoría que sirve de armazón al estudio de las emigraciones políticas españolas en los siglos XIX y XX firmado por Vilar: “los españoles son a un tiempo víctimas y verdugos de sí mismos”¹⁴⁴, abocados a *una situación de guerra civil discontinua pero persistente*; en esta tragedia el extrañamiento constituye un arma más, de calibre penal, para el anonadamiento del adversario político (veremos si el pretendido y teórico apareamiento de la pena a esta tipología delictiva se confirma en el fiel contraste de los articulados). En desvío de la inhibida postura normativa, vendrán en adelante correcciones a su dureza: me refiero a circunstancias previstas a veces por el legislador en las que el extrañado podrá hacerse acreedor, más allá de la vigilancia aduanera, a la atención del Estado que lo expelió de sí; Sainz de Andino delineaba una de ellas:

El reo condenado al extrañamiento perpetuo del Reino que en país extranjero hiciere algún servicio importante al Estado, sea en la seguridad o en la prosperidad de éste, podrá ser recomendado a la clemencia del Soberano por el Tribunal que haya conocido de su causa, para que le conmute la pena en extrañamiento de período fijo, o le dispense aquella gracia a que la importancia del mismo servicio y las circunstancias del reo le hagan acreedor¹⁴⁵.

El desarrollo, a partir de 1844, de las esperanzadoras Bases de Código Penal, con morosa rumiadura de la redacción que había de dar cuerpo a un Proyecto nada explícito en este particular, procura, sin embargo, un apunte por boca del juntero Tomás María Vizmanos que acaso arroje alguna luz sobre la realidad que, más allá de la configuración técnica de la pena, tenía por horizonte el extrañado: “[...] yo creo que en muchos casos habrá necesidad de

143 Presentación “Á las Córtes”, como proyecto de ley, del PCP 1884, p. 27.

144 VILAR, *La España...*, p. 17; póngase en relación con MARAÑÓN, *Españoles...*, p. 21.

145 Art. 1159 PCC 1831; asimismo el 1164. Caso especial es el del art. 229, párr. 2º, PCC 1831, para el apóstata que abjure de sus errores, “[...] en cuyo caso se le permitirá la entrada en el Reino”.

imponerle como perpetuo, bien que ordinariamente no llegue a serlo, porque aplicada esta pena a los delitos políticos, pocas veces se verificará que los sentenciados no obtengan más tarde o más temprano la Real gracia o una amnistía”¹⁴⁶. También Silvela alude como censurable a que “rara vez la arbitrariedad del indulto deja de corregir [...]” el extrañamiento¹⁴⁷, si bien ahí habría que distinguir entre las diferentes aplicaciones de esta pena¹⁴⁸. A este mismo penalista le preocupa la tacha a la pena de extrañamiento que subraya la inconsistencia que supone el que un Estado facilite la concentración de incontrolados núcleos de enfrentamiento en el exterior, quizá fatales para su seguridad; no sólo lo nota, sino que se aplica a brindar combinaciones con que reconducir este medio punitivo:

[...] Si los correos en tierra extraña se reúnen, si libremente se concertan para traer nuevas perturbaciones á su patria, si la vida que en su país llevaban, sus habituales compañías y su manera de ser no se cambian, no debe extrañarse el efecto poco moralizador del castigo impuesto. Y tales males, cuya evidencia salta á la vista, no se evitan, sino señalando á cada uno el lugar donde debe residir, no dejándolo á su libertad y albedrío.

Pero bien se comprende que si esto es factible cuando se trata de la relegacion y el destierro, que al fin se cumplen en territorio nacional, deja de ser hacedero cuando se refiere al extrañamiento, dadas las relaciones entre los pueblos soberanos que se consideran como independientes y rechazan toda ingerencia extraña. Sin embargo, si las Naciones reconocieran sus recíprocos intereses, ninguna dificultad se presenta para que se pactara en los tratados de extradicion que los extrañados debieran vivir en el territorio de cada Estado durante cierto tiempo, proporcionándoles algun auxilio, con otras medidas de igual naturaleza [...].

Consisten tales medidas en que las autoridades vigilen al reo para evitar que intente evadirse, para ver luego si vive honradamente de su trabajo, si con nuevas maquinaciones se dispone á delinquir otra vez, en suma, si el régimen á que está sometido produce los frutos que eran de esperar. Debería, pues, la autoridad exigir que el extrañado ó deste-

146 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567. Ilústrese en VILAR, *La España...*, p. 17.

147 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 440.

148 Al pasar el Código por el Congreso, Gómez de la Serna, en su calidad de diputado, se opuso a él aportando la siguiente crítica entre otras: “¿y qué diremos, señores, de la pena que se impone en algunos de estos delitos de extrañamiento perpétuo? Se dirá que la sociedad no mata al individuo; pero sí le mata civilmente, pues le arroja para siempre de su país; y es muy difícil que en estas materias los desgraciados á quienes se imponga esa pena obtengan amnistía. Al fin á los extrañados por delitos políticos todos los días se les consuela con que va á darse una amnistía; pero á los que lo sean por apostasía, ¿quién les dá ese consuelo? ¿Quién toma su causa? ¿Quién les levanta esa pena?” (*DSCCD*, t. III, nº 82, ses. 14-III-1848, p. 1771)

rrado se le presentase en ciertas épocas, que no pudiera cambiar de domicilio sin su conocimiento y algunas otras de esta naturaleza que harían más eficaz la Pena y que formaban la llamada en nuestro país *sujeción á la vigilancia de la autoridad*, en otros *sujeción á la vigilancia de la policía* [...] ¹⁴⁹.

Demos otra vuelta de tuerca: hasta ahora llevo hecha referencia a la teoría penológica que modela un desentendimiento del Estado frente al reo que extraña y, además, a la práctica gubernativa de control a ultranza sobre su *población* extrañada; también a la búsqueda de arreglos para conjugar preocupaciones interestatales. Pues bien, ese control, contra toda lógica dogmática, pero a favor del leviatán liberal (aunque absolutistamente ya ejercido sobre jesuitas o afrancesados ¹⁵⁰), va a quedar cohonestado por mandato legal del Código cuando ya en el de 1848 se grave el extrañamiento perpetuo con una “[...] *sujeción á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal*” ¹⁵¹, así como el temporal con otra “[...] *sujeción á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella*” ¹⁵². Mantenido la recarga accesoria en 1850 y en la de 1875 ¹⁵³, este estatus legalizado lo pierde a partir de 1870, arrastrada por la pena principal homónima en su descarte de la escala general, mas esto es sólo para la Península, porque, al ir dictándose corpus especiales para los restos del ajado imperio, reaparece la *sujeción* tanto principal como accesoria en los conocidos términos ¹⁵⁴. En cualquier caso, una *vigilancia de la autoridad* sobre el extrañado *durante el tiempo de su condena* es exactamente eso que se dice: una *vigilancia de la autoridad* como elemento endógeno del extrañamiento. El único atisbo de crítica a tal *invención* legal lo encuentro en Azcutia, conforme en la *vigilancia del extrañado por la autoridad patria* cuando obtuviere

149 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 466-467.

150 FERNÁNDEZ ARRILLAGA, *El destierro...*, p. 17; Miguel ARTOLA, *Los afrancesados*, pp. 274-275.

151 Art. 54 CP 1848.

152 Art. 57 CP 1848.

153 Arts. 54 y 57 CP 1850 y PRCP 1869, arts. 50 y 53 CPC 1875.

154 Art. 54 CPCPR 1879 : para el extrañamiento perpetuo, “[...] *sujeción á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de su vida,*, [...] aunque se le hubiere indultado de la principal, si en el indulto no se le hubieren remitido”; y 58 CPCPR 1879: para el temporal, “[...] *sujeción á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de la condena y otro tanto más, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella*”; correspóndense con 55 y 59 CPF 1884.

el indulto, *pero no mientras resida en un país extraño*, mas añade que tal aclaración, “[...] aun cuando se subentienda, no es ociosa y que, en nuestra opinion, establecida aquella pena accesoria, debe consignarse”¹⁵⁵: de cierto que se subentiende muy razonablemente y también que, a la vista de los usos, no hubiera sido nada ociosa la consignación...

Del Proyecto *Silvela* sabemos que las penas de libertad, sean privativas o meramente restrictivas, comportan todas la sujeción a vigilancia de la autoridad, como *complemento de la pena*¹⁵⁶, una novedosa figura jurídico-penal recibida por el Código marroquí de 1914 en los propios términos¹⁵⁷. El preproyecto *Saldaña* de 1920 permite alguna reflexión en este punto. En él la expatriación podrá imponerse *indeterminadamente, o por el tiempo de la condena*¹⁵⁸, lo cual sugiere que esa posibilidad indeterminada, que está aguardando la corrección del culpable, presupone un Estado atento observador de su expatriado, escudriñador de la conducta de éste para, cuando llegue a hallarla satisfactoria, corregida, proceder a levantarle la condena que se va ejecutando *indeterminadamente*. No cabe, entonces, desentendimiento del Estado, pues ha de atender al cumplimiento con la misma diligencia que si se verificase dentro de su territorio.

En suma, la pura teoría nos muestra una pena en la cual la comunidad, el Estado se desembaraza con la mayor radicalidad de uno de sus ciudadanos, ni siquiera lo *relega* al más apartado rincón bajo su propia soberanía, sino que lo pone fuera de ella con expeditivo designio, extraliminarmente. Da la impresión –y así lo dice la lógica interna– de que jamás va a volver a acordarse de él, pero la práctica comporta varias atenciones que sólo frustrando los objetivos político-penales podrían obviarse: el extrañado acaso se conduzca como cierta amenaza o molestia para el Estado ejecutor, el de su nacionalidad, y le conviene a éste tomar determinadas cautelas previsoras; la ley puede ofrecer vías para rebajar o remitir la pena por buen comportamiento que sólo podrá conocerse si se ha realizado un seguimiento del reo *a distancia*; la vigilancia de la autoridad *postpenitenciaria*, sobre cumplidos, que a veces aguarda al extrañado sólo será factible si el Estado ha seguido conociendo su paradero y circunstancia durante la condena; etcétera. En consecuencia, el legislador de 1848 querrá someter al extrañado a la vigilancia de la autoridad

155 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 380.

156 Art. 40.4º PCP 1884.

157 Art. 31.4ª CPPM 1914.

158 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 63 ACP 1920).

durante la condena... En verdad, su articulación y desenvolvimiento en tierra extranjera no parece tener mucha legitimidad, pues el Estado receptor sólo a impulsos de interesados cálculos va a consentir en ejercer esa vigilancia por cuenta del extrañador ni se plegará a sus directrices en tal sentido; mucho menos aceptará de grado la concurrencia de elementos policiales extraños en sus dominios: resulta, así, una vigilancia que no se puede desarrollar directamente, *oficiosa*¹⁵⁹, supeditada a tolerancias ajenas o estigmatizada por una vergonzante clandestinidad, a ocultas del país de destino... “Hé aquí una, que pudiera decirse cuestión de derecho internacional, acerca de la cual, durante los veinte años que el Código ha estado en vigor, nada se ha escrito, y de la que, no, por clara que parezca, debe prescindirse enteramente” –anota el fiscal del Supremo Azcutia, fervoroso partidario de la vigilancia penal–, por eso, *debiera ser convencional, ó estar sujeto á reglas mútuas* que, durante la condena del extrañado, “[...] puestas siempre de acuerdo, las autoridades respectivas pudieran vigilar sus pasos y estar á la observacion de su conducta”, mas no ya cuando esté cumplido o se le indulte y quede en país extraño¹⁶⁰.

B] Contenidos accesorios

a) La muerte civil

Las *Partidas* no predicán la muerte civil del desterrado por *echamiento del Reino* –ni siquiera albergan pena tan socorrida y recurrente en aquella famosa ley VII.31.4–, pero sin duda habría de caer en ella cuando, con el simple echamiento *por la vida*, le fueran confiscadas sus posesiones y desapareciese por siempre de la *vida* nacional; otras de sus leyes, como la IV.18.3, utilizan –según lo arriba examinado– la denominación genérica de *desterramiento*, englobando en ella *deportatio* y *relegatio*, con admisión, por ende, de muerte civil como mínimo en ciertos supuestos de dicho desterramiento. No obstante la imprecisión, es lo cierto que la incursión del extrañado en muerte civil fue siempre señalada por la literatura jurídica con aprecio de consubstancialidad¹⁶¹. Y, llegados a la parcela acotada por este trabajo, en 1822 aquél,

159 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 380.

160 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 378-380.

161 CORNEJO, *Diccionario...*, pp. 217-218. En este sentido, véase ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 140.

el echado del reino, aparece acompañando naturalmente al deportado en el trance de padecer la dicha muerte fingida o aparente; da la impresión de que con bastante lógica: ambos han sido condenados de por vida a pena que los sitúa fuera de la sociedad patria (como también el sentenciado con trabajos perpetuos, por verse tan extirpado de ella, aun permaneciendo sobre suelo peninsular). Acaso todavía admita el extrañamiento este recargo afflictivo de la muerte civil con mayor propiedad que esas otras dos penas con las cuales lo comparte; al fin y al cabo el Estado quiere en principio desentenderse del extrañado, erradicarlo de su jurisdicción nacional, *tenerlo por muerto* de algún modo, mientras que en las otras dos puniciones, con exhibir rango o nivel de superior gravedad, va a retener a los convictos bajo su soberanía.

Los reos condenados á trabajos perpetuos, deportacion ó destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España [...] ¹⁶².

Y, por supuesto, si “la calidad de ciudadano español se pierde [...] por sentencia en que se impongan penas afflictivas ó infamantes, si no se obtiene rehabilitación” ¹⁶³, podría verse al extrañado también como el más *acreedor* a tal despojo: el enlace de su exclusión y el desentendimiento estatal así lo abona, tanto como para llevar a Filangieri, sustrayendo preponderancia al detrimento en la libertad, a transvasar esta pena hacia el grupo de las privativas o suspensivas de las prerrogativas civiles ¹⁶⁴. Casi todo lo dicho al analizar la muerte civil alrededor de la deportación vale ahora cuando sigue al extrañamiento y, en consecuencia, allá me remito; obviamente queda fuera de la llamada aquellas particularidades exclusivas del régimen previsto para el deportado, como la posibilidad de operar adquisiciones en el punto de su condena o la gracia de recuperación de derechos civiles y obtención de empleos o cargos públicos ¹⁶⁵, sin posible rebaja de pena para el que se arrepienta y enmiende ¹⁶⁶ ni rehabilitación prevista en modo alguno ¹⁶⁷, como tampoco iba a tener cuenta con él aquella rechazada pretensión de los proyectistas trienales preocupados por el aislamiento económico de deportados o reclusos respecto a sus familias ¹⁶⁸. Dos precep-

162 Art. 53 CP 1822, que viene del previo 54 PCP 1821.

163 Art. 24.3º CPME 1812.

164 FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, p. 15.

165 Arts. 53 *in fine* y 144 CP 1822.

166 Arts. 144 a 149 CP 1822.

167 Arts. 150 a 153 CP 1822.

168 Art. 73 PCP 1821.

tos hay que considerar, de consiguiente, en orden a la concreción del contenido de esta sanción penal: el que le aneja muerte civil, acerca de cuyos alcances valga ahora lo antes expuesto que no sea con exclusividad predicable de la deportación, así la gracia *del arrepentimiento y de la enmienda* –como digo– y, por derivación, el propio precepto que programa ésta, precisamente a causa de su no disponibilidad por parte de los extrañados y circunscrita su virtud a los trabajos perpetuos, la deportación y penas temporales *de un número determinado de años*¹⁶⁹; con lo cual queda a aquellos condenados trasfronterizos, sin tal rebaja de pena, tan sólo la esperanza del indulto con arreglo a las normas que más adelante se codifican. Los proyectos de 1830 y 1834 no recurrían a la muerte civil –como tampoco a ninguna otra pena accesoriamente limitativa de derechos–; y ya la otra pervivencia de la muerte civil en la codificación española, dentro del Proyecto de Sainz de Andino, no toca a la pena de extrañamiento perpetuo del territorio español¹⁷⁰, quizá por entender el redactor que, sin necesidad de llegar *ope legis* a la severa resulta, de suyo había de quedar por muerto para la patria quien la abandonaba *velis nolis* sin expectativas de tornar jamás. Vistos tales desvíos o desencuentros, sólo un modelo, pues, de extrañamiento con muerte civil acumulada se encuentra en la Codificación española, a la que la rigurosísima acesión llegó ya con escaso aliento, en trance de su arrinconamiento en el museo de las antigüedades jurídicas.

b) La infamia

Pasando sobre el precedente amplísimo, hiperbólico –y por esto inocuo– de la declaración de infamia que cosechan las penas todas en el Proyecto de 1830 (y llega a 1834)¹⁷¹, más aprovechará atender al *numerus clausus* de penas a las que Sainz de Andino pretende baldonar, más que puestas las miras en la *commutatio loci cum ignominia*¹⁷² y acaso a imitación del *Code* francés¹⁷³, con el concepto de infamantes: como postrimera, como la menos grave de las merecedoras de su estigma, topamos con *la de extrañamiento perpetuo del*

169 Art. 144 CP 1822.

170 Art. 51 PCC 1831.

171 Arts. 54 PCC 1830 y 74 PCC 1834 (cfr. nota IV/399).

172 Cfr. nota II/4.

173 *Código penal francés* [CDPF 1810], art. 8 y p. 133; véase Rossi, *Tratado...*, t. II, p. 120.

*Territorio Español*¹⁷⁴, mas la infamación legal de los penados entraba, al salvarse el primer tercio decimonónico, en irrefrenable anonadamiento y, pese a ciertos residuos extemporáneos, como la argolla, el Código de 1848 procura presentarse taxativo: “la ley no reconoce pena alguna infamante”¹⁷⁵; y el de 1870 ya ni estimará precisa la consignación del aforismo político-criminal. A decir verdad, no parece que el extrañamiento haya soportado nunca la mácula infamatoria en el concepto de la sociedad española de cualquier época...

c) Otras restricciones de derechos.

Con novedoso enfoque, al extrañamiento en 1831 ya se le quería revestir de carácter temporal y a esta variedad, condicionada por un posible y hasta probable regreso, sí había que adjuntarle expresamente algún contenido limitador de derechos que certificase la afflictividad de la pena en curso:

La prohibición temporal del ejercicio de los derechos civiles va siempre comprendida en la imposición de [...] extrañamiento temporal del Territorio Español.

[...]

El término de la prohibición será el mismo que se haya prefijado para la pena que la produjere¹⁷⁶.

¿Y qué derechos suspende esta prohibición?: los mismos que afecta la infamia legal, cuyo régimen recibe la consecuente remisión.

Siempre que la prohibición por tiempo limitado de ejercer los derechos civiles proceda de pena que la lleve aneja, [...] se entenderá sujetos a ella todos los derechos que se designan en el artículo 68¹⁷⁷.

Dicho precepto ya se transcribió como aplicable al deportado¹⁷⁸; ahora lo vuelve a ser en los mismos conceptos para el extrañado: de un lado, por esta prohibición temporal de derechos; de otro, por la declaración de infamia que como a aquél le alcanza¹⁷⁹. La pena de extrañamiento lleva consigo en 1848 las

174 Art. 37 PCC 1831.

175 Art. 23 CP 1848.

176 Art. 86 PCC 1831.

177 Art. 87 PCC 1831.

178 Cfr. nota IV/406.

179 Repátese el art. 37 PCC 1831.

mismas accesorias que la relegación, igual en sus variantes perpetuas que en las temporales; obre aquí lo expuesto allá, mas constando como recordatorio que, para la variante inextinguible, se trata de “[...] Inhabilitacion absoluta perpetua para cargos públicos y derechos políticos”¹⁸⁰. Escalonadamente, para el segundo supuesto, “[...] limitase al tiempo del castigo principal, y otro tanto después como garantía y expiación”¹⁸¹ –a decir de Pacheco–: “[...] inhabilitacion absoluta de los penados para cargos ó derechos políticos [...] durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella”¹⁸². Por lo que hace a los efectos de estas inhabilitaciones absolutas, perpetua o temporal, valga un nuevo envío a lo tratado en sede de deportación. El Código tradicionalista de 1875, adaptando la redacción de 1850, suprime en consonancia con su ideología tradicionalista toda alusión a *derechos políticos*, así en este par de preceptos así heredados a *beneficio de inventario*¹⁸³. En el Proyecto de 1869 y en el Código de 1870 se contrae la formulación a las respectivas *inhabilitación absoluta perpetua* e *inhabilitación absoluta temporal*, que mantienen los contenidos¹⁸⁴; en tal estado pasa por los textos venideros¹⁸⁵; incluso en el Proyecto de Silvela,

La pena de extrañamiento perpétuo llevará consigo, como accesoria, la de inhabilitacion absoluta perpétua; y la de extrañamiento temporal, la de inhabilitacion absoluta durante el tiempo de la condena¹⁸⁶.

El Proyecto de Código de 1882, con el solo extrañamiento temporal en su batería punitiva, le aneja la consabida inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, aunque *salvo lo que disponga la ley en casos especiales*¹⁸⁷... y –añadamos– de ignota justificación. La aplicación de esta pena conlleva otras accesoriedades en la legislación especial de los Códigos

180 Art. 54 CP 1848 y CP 1850.

181 PACHECO, *El Código...*, p. 369.

182 Art. 57 CP 1848 y CP 1850.

183 Arts. 50.1º y 53 CPC 1875, con sus arts. 29 y 30. Véase GÓMEZ DE MAYA, “El Código...”, pp. 120-121.

184 Art. 54.1ª y 57.1ª PRCP 1869 (con sus arts. 30 y 31), arts. 54, 55 y 60 CP 1870 (con sus arts. 32 y 33).

185 Arts. 54 y 58 CPCPR 1879 (con sus arts. 30 y 31) y PRCP 1880 (con sus arts. 32 y 33), arts. 55 y 59 CPF 1884 (con sus arts. 31 y 32).

186 Art. 54, párr. 3º, PCP 1884 (con sus arts. 57 y 58).

187 Art. 57 PCP 1882.

de la Marina (1888) y de Justicia Militar (1890), con un tratamiento igual al dispensado –y ya visto– a la relegación: cuando sea impuesto a oficiales de la Marina de Guerra, si se trata de la modalidad perpetua, producirá la pérdida de empleo o grado y, siendo temporal, su separación del servicio¹⁸⁸; para oficiales del ejército, sólo a la pena perpetua se le aneja la separación del servicio, sin mencionar la temporal¹⁸⁹. En ambos corpus, cuando recaiga sobre individuos de la clase de marinería o de tropa, éstos volverán a filas a cumplir el tiempo que les reste de su empeño, extinguida que sea la condena, pero los marineros en servicio disciplinario¹⁹⁰.

Aunque sepamos que su alcance territorial queda al margen del que es objeto de este análisis, interesa cotejar la combinación del Código Penal hispano-jalifiano: en él, a la pena de extrañamiento se le asigna una inhabilitación absoluta por el tiempo de su duración¹⁹¹. En 1932 este castigo se hace asimismo exclusivamente temporal en el Código patrio: entonces, llevará consigo otra inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, pena accesorias que sigue a esta principal en los propios términos mientras permanece en el ordenamiento¹⁹². El extrañamiento, como el resto de penas de restricción territorial, lleva consigo, para el Anteproyecto penal de 1938, la inhabilitación absoluta¹⁹³, con los contenidos que se alistaron para la re-

188 Art. 62, párrs. 3º y 4º, CPMG 1888.

189 Art. 201, párr. 2º, CJM 1890.

190 Arts. 63, párr. 3º, CPMG 1888 y 202, párr. 2º, CJM 1890.

191 Art. 41 CPPM 1914.

192 Arts. 45 CP 1932, arts. 46 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973. El contenido de la inhabilitación absoluta debe ser integrado por los arts. 34 CP 1932 y 35 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973, prácticamente coincidentes; el 34 CP 1932 decía: “La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: 1º. La privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren de elección popular. 2º. La privación del derecho de elegir y de ser elegido para cargos públicos de elección popular durante el tiempo de la condena. 3º. La incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1º igualmente por el tiempo de la condena”. Las sutiles variaciones a partir del 35 CPTR 1944 resultan perfectamente entendibles sin especial escolio: “La pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes: 1º. La privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren electivos. 2º. La privación del derecho de elegir y de ser elegido para cargos públicos durante el tiempo de la condena. 3º. La privación para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1º, igualmente por el tiempo de la condena”.

193 Art. 43 AFCP 1938.

legación; es la propia prescripción del Proyecto de 1939¹⁹⁴, en ambos casos directamente tomada del ordenamiento positivo. El extrañamiento, con el confinamiento y el destierro, fue también causa de exclusión temporal para el cumplimiento del servicio militar a partir de la Ley General del Servicio Militar de 1968 y hasta su relevo por la ley de 20 de diciembre de 1991¹⁹⁵. Con notable unanimidad los Códigos, salvo las primerísimas muestras, han sometido al extrañado a la inhabilitación absoluta para el ejercicio de derechos, con la buena lógica técnico-penal que dimana de considerar la salida del país que toca al reo y la gravedad que a esta pena se ha querido reconocer históricamente.

d) La sujeción a la vigilancia de la autoridad.

He entrado ya a considerar la vigilancia de la autoridad sobre el extrañado, pero desde otro punto de vista nuclear, al poner en tela de juicio el hipotético desentendimiento estatal con relación a su persona. Téngase ahora de nuevo presente la evolución sustantiva o autónoma de esta institución penológica, aquí tomada como adherencia accesoria al extrañamiento, en varias de las leyes penales promulgadas o simplemente preparadas y propuestas. Por lo que hace a ese aspecto interesante a los efectos abstraídos, en 1831,

Los reos condenados a las penas de [...] extrañamiento temporal del Territorio Español, estarán también sujetos a la vigilancia especial de las autoridades después de haber cumplido su pena por la mitad del tiempo prefijado a ésta en la condena.

Si [...] se impusiere al reo por delito de reincidencia, la sujeción a la vigilancia se extenderá a tanto tiempo cuanto haya sido el de la pena corporal¹⁹⁶.

Los que obtengan indulto de las penas de [...] deportación o extrañamiento perpetuo del Reino, estarán sujetos a la vigilancia especial de las autoridades por todo el tiempo de su vida, a menos que el mismo indulto o por gracia especial posterior se le dispense de esta sujeción¹⁹⁷.

El Proyecto de 1845, introduce también el extrañamiento entre aque-

194 Art. 51 PCP 1939.

195 Véase, v. gr., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 917.

196 Art. 100 PCC 1831.

197 Art. 101 PCC 1831.

llas penas perpetuas que sujetan a la vigilancia por la autoridad durante cuatro años al indultado de ellas¹⁹⁸; pero nótese bien que no se ocupa aún del extrañado que está o sigue cumpliendo su condena. La sola referencia en esta cláusula a un extrañamiento de por vida proviene de no haberse aprobado todavía (lo sería en la sesión siguiente) su variedad temporal, a la que quizá habrían querido los vocales unir dicho control adicional tras el cumplimiento, aunque esto no pasa al presente de pura elucubración. Esta vigilancia se identifica en su contenido y desarrollo con la pena del mismo nombre cuyo esquema traza el texto a continuación, pero que por economía se remite al estudio separado que posteriormente se le consagra en estas páginas. Siendo este proyecto o anteproyecto de Seijas Lozano y sus compañeros como embrión del futuro Código de 1848, no procede de él la sujeción a vigilancia antevista que este último impone al extrañado, al despedido de su patria, sea de por vida: “[...] sujeción á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal”¹⁹⁹; sea con término cierto: “[...] sujeción á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella”²⁰⁰. Ya nos consta el sentir de Azcutia: bien que con- vendría acordar entre las naciones recíprocas licencias de vigilancia sobre sus extrañados, una vez cumplidos éstos o indultados, si no retornan a la patria no tienen por qué soportar dicha accesoriedad, tan ardua de verificar para el Estado de su nacionalidad, por lo demás²⁰¹. De 1870 en adelante no existe en España sujeción a vigilancia de la autoridad en cuanto pena, eliminada su categoría accesoria junto a la principal; es decir: no existe en la Península, pero todavía se recupera para Cuba y Puerto Rico, para las Filipinas, y en los correspondientes corpus continúa acompañando en clave accesoria al extrañamiento según los propios términos recepcionados de 1848 y 1850²⁰². Desiderativamente, el Proyecto de 1884 la conserva porque, como *complemento de pena*, la aplica a toda pena aflictiva de libertad²⁰³; y, ya promulgado por dahir, el Código Penal marroquino-español²⁰⁴.

Resulta que siempre que hubo lugar a una sujeción a vigilancia capaz

198 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 (art. 104, párr. 2º).

199 Arts. 54 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 50.2ª CPC 1875.

200 Arts. 57 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 53 CPC 1875.

201 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 380.

202 Arts. 54 y 58 CPCPR 1879, 55 y 59 CPF 1884.

203 Revísese el art. 40.4º PCP 1884.

204 Art. 31.4ª CPPM 1914.

de funcionar como accesoria, inesperadamente, el extrañamiento, representante señero del paradigma del castigo eliminatorio, la recibió sobre sí. En un principio, con el extrañamiento único de por vida, se pensaba en el indulto como incidencia desencadenante de la aplicación de esta vigilancia accesoria; luego, al admitirse la modalidad temporal, la accesión pasa a ser *postpenitenciaria*, expresémoslo así. Lo que sí parece verdaderamente insólito es la vigilancia de la autoridad durante la misma condena ideada por el Código de 1848 y mantenida en su revisión inmediata, a expensas necesariamente de esos heterogéneos *casos en que el Estado conserva un poder suficiente* meditados por Bentham²⁰⁵.

C] Circunstancias modificativas de la punibilidad

En el Código Penal de 1822, mientras para el menor de diecisiete años se prevé la sustitución del destierro perpetuo del reino por una reclusión temporal, en el mayor de setenta nada obsta su imposición²⁰⁶. Debemos, pues, hacer acá repaso de cómo

En ningún caso se podrá imponer [...] destierro al que, cuando cometió el delito fuere menor de diez y siete años cumplidos²⁰⁷.

Empero, acaso quepa reputar tal consideración como no muy ventajosa para el delincuente:

El menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia en delito de [...] destierro perpetuo del reino, sufrirá diez años de reclusión [...] ²⁰⁸.

Saltemos hasta el Código de 1848: en él, así como –contando proyectos– en los generados a su imagen, se excluye la imposición del extrañamiento a los menores de quince años no exentos de responsabilidad por haberse declarado que delinquieron con discernimiento²⁰⁹, según ha remarcado Viada

205 NÚÑEZ, *Ciencia...*, pp. 192-193.

206 Arts 64 y 65 CP 1822; 67 y 68 PCP 1821.

207 Art. 64 CP 1822, derivado del 66 PCP 1821, con diversa redacción.

208 Art. 65 CP 1822 (el 66 PCP 1821).

209 Arts. 72 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 86 CP 1870, arts. 84 CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 85 CPF 1884.

y Vilaseca²¹⁰. Sólo añadiré que el Código de 1932 tan sólo prescribe que “al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley”²¹¹, precepto subsistente, con adiciones, hasta la derogación del texto Refundido de 1973²¹².

5. Duración

Lo hemos ido viendo; dos soluciones cabe aplicar en sede de duración al extrañamiento: en unas ocasiones se lo ha considerado pena perpetua por un Estado de entrada poco deseoso de recuperar al natural que apartaba de sí, otras se ha admitido la coexistencia legal de un extrañamiento de por vida y otro limitado en el tiempo y, por último –no sólo en esta enumeración, sino entre las soluciones seguidas por nuestro país hasta la desaparición de este castigo–, aparece su sola concreción temporal; sólo como idea queda el extrañamiento de duración condicional, bajo *informe de la autoridad encargada de la vigilancia, ya fuese extraña ó del país*, que propugnó un Silvela en papel de tratadista²¹³. La trayectoria queda gráficamente expuesta si recordamos cómo en 1822 nada más se conoció un *destierro ó extrañamiento perpetuo del territorio español*²¹⁴; ésta parece ser, por lo visto, la concepción de los Proyectos del año 30 y del 34: si ninguna referencia hacían a la amplitud temporal que habría de dársele a su *extrañamiento del Reino*, un escudriño sistemático consiente interpretar (aunque de ley penal tratamos...) el mantenimiento de la idea tradicional tendente a su perennidad vitalicia²¹⁵. En

210 VIADA Y VILASECA, *Código...*, pp. 117-118.

211 Art. 71 CP 1932 (cfr. su LBCP 1932, b. 11^a, párr. 4^o).

212 Art. 65 CPTR 1944: “Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable”. Igualmente, arts. 65 CPTR 1963 y CPTR 1973.

213 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 467-468.

214 Arts. 28 y 52 CP 1822, 29 y 53 PCP 1821; y, entremedias, tan sólo la oposición de la Audiencia Territorial de Madrid, informante sobre el Proyecto, a “[...] que el destierro o extrañamiento sea perpetuo” (LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 61).

215 Tásanse temporalmente las penas que lo precisan (v. gr., “la pena de destierro, de confinamiento, de obras públicas y de reclusión, no podrá [sic] pasar de veinte

medio, Sainz de Andino propone novedoso, junto al mismo extrañamiento *por toda la vida del reo*, otro *extrañamiento de período fijo*²¹⁶ o sea *por un tiempo determinado que no podrá bajar de cinco años, ni exceder de diez*²¹⁷. Otro factor encona aquella rigurosa perpetuidad de 1822: si la comisión redactora del Proyecto, a decir de Calatrava, se había escudado en el capítulo “De la rebaja de penas á los delincuentes que se arrepientan y enmienden, y de la rehabilitacion de los mismos despues de cumplir sus condenas”²¹⁸ para proponer las penas vitalicias²¹⁹ y el destierro perpetuo del reino quedaba fuera de ambos mecanismos, ¿cabe concluir que en la práctica iba a ser este castigo sin paliativos el único –y contra esa sensibilidad de la cual se jactan los propios comisionados– infligido de por vida? Adelanté al contemplar las escalas del Proyecto de Seijas (1845) que el impulso original era conservar un extrañamiento inextinguible (“[...] bien que ordinariamente no llegue a serlo” en aplicación del Derecho de gracia)²²⁰ y que, algunas sesiones más tarde, a iniciativa de algunos de los vocales se pensó modular además la versión temporal de la pena²²¹: *contra basim*, si así cupiera decirse, se incorporó al arsenal punitivo, cabe la modalidad perpetua, un extrañamiento temporal que, al menos por lo asentado en las actas de la comisión, poco más se reguló que en ese aislado acceso a la escala gradual concebida para las restricciones ambulatorias a la libertad (únicamente en los puntos que estaban por llegar a

años” –reza el art. 68 PCC 1830; en parejura, el 90 PCC 1834–), pero queda sin especificar el *extrañamiento del reino*, quizá por no imaginarlo sino perpetuo. Véase ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 123.

216 Art. 1159 PCC 1831.

217 Arts. 36 y 63 PCC 1831. Se tendrá en cuenta lo siguiente: “El plazo de toda especie de penas que tengan tiempo determinado se contará desde el día que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria. / Pero si hallándose el reo en libertad dejare de presentarse inmediatamente a la disposición del tribuna para que se ponga en ejecución la pena que se le haya impuesto o retardado el cumplimiento de lo que se le previniere con el mismo fin, no correrá el término de la pena hasta que ésta haya empezado a tener efecto (art. 103 PCC 1831). “El cumplimiento de todas las penas temporales se computará por años naturales de doce meses, por meses de fecha a fecha según transcurren con arreglo al calendario y por días de veinticuatro horas” (art. 104 PCC 1831).

218 Arts. 147 a 158 PCP 1821 y 144 a 155 CP 1822.

219 Cfr. nota IV/332.

220 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567. No obstante, ya durante la tamización de las Bases del Código Penal quedó indicado “[...] que habría necesidad de establecerlo temporal” (*ibidem*).

221 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595.

debate, como el quebrantamiento, pero no en los ya tratados), con lo cual nos quedamos sin conocer la magnitud que pudieron sopesar para él quienes sentían su oportunidad. Lo cierto es que ya a partir de 1848, se consolida positivamente la dualidad perpetuo-temporánea del extrañamiento, según entraba en la propia descripción de la pena²²², acotando en otro precepto que dicha modalidad temporal habrá de abarcar *de doce á veinte años*²²³. El Código de 1870 respeta en apariencia ese binomio, pues acoge extrañamientos perpetuo y temporal; para éste conserva más o menos aquella amplitud, si bien ahora será *de doce años y un día á veinte años*²²⁴, contados *desde el día en que el reo hubiere empezado á cumplir la condena*²²⁵, sólo factible *con posterioridad a la sentencia con fuerza ejecutiva*²²⁶, lo cual es tanto como decir que desde que haya sido puesto a disposición de la autoridad gubernativa competente, y ello *sin demora*²²⁷, a lo más en tres días. Ahora, sin embargo de la perpetuidad nominal –y refrésquese la crítica de Navarro de Palencia a la atribución gubernamental²²⁸–,

Los condenados á [...] extrañamiento perpétuo serán indultados á los treinta años del cumplimiento de la condena, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves, no fuesen dignos de indulto, á juicio del Gobierno²²⁹.

Penas perpetuas *sólo en el nombre* –dictamina Antón Oneca– ante la contradicción legal²³⁰. Prolongándose tal normativa positivada en adelante, paralelamente, el Proyecto del año 1884 al tipo perpetuo simplemente lo

222 Arts. 24 y 103 CP 1848, mantenidos en CP 1850 con la misma numeración.

223 Arts. 26 CP 1848 y CP 1850, 25 CPC 1875.

224 Art. 29, 2º párr., CP 1870; 26, párr. 1º, PRCP 1869; art. 27, párr. 2º, CPCPR 1879; art. 29, párr. 2º, PRCP 1880 y CPF 1884.

225 Art. 31, párr. 3º, CP 1870; art. 29, párr. 3º, CPCPR 1879; art. 31, párr. 3º, PRCP 1880 y CPF 1884; art. 32, párr. 3º, CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963, CPTR 1973; art. 36, párr. 3º, PCP 1939. Cláusula es ésta que NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 542, tilda de *perogrullada...*; por igual, [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 366-367.

226 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 102).

227 Arts. 913, párr. 1º, LPEC 1872 (cfr. nota V/274) y 3º RDCSJ 1855 (cfr. nota IV/746); véase VIADA Y VILASECA, *Código...*, pp. 81, 172.

228 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 546-548.

229 Art. 29, párr. 1º, CP 1870. Por igual, en art. 27, párr. 1º, CPCPR 1879; art. 29, párr. 1º, PRCP 1880 y CPF 1884.

230 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 77.

declara –sin haber necesidad– indultable²³¹, pero no le ofrece el indulto a los cuarenta años, con buena conducta y concesión gubernamental, prevenido para la relegación²³², en tanto que al tipo temporal se le amplía el recorrido posible, de seis meses y un día a veinte años de condena²³³, no empezando *a contarse el tiempo sino desde el día en que efectivamente comience a cumplirla*²³⁴; la justificación silveliana de esta opción por la perpetuidad sin indulto automático pone el acento en la índole, *política*, de los delitos punidos con extrañamiento, poco propensa a una sincera rehabilitación, primando cautamente la *necesaria defensa* nacional²³⁵. Descendiente de aquí –porque otra es la amplitud durativa corriente en el tronco de 1848–, ese último es el único extrañamiento conocido por el Código del Marruecos español, *desde seis meses y un día a veinte años*²³⁶. Otra línea que habíase ensayado era la del Proyecto *Alonso Martínez*, que tempranamente dio los primeros pasos en la supresión de la perpetuidad en las penas, dejando un solo extrañamiento

231 Art. 54, párr. 1º, PCP 1884.

232 Art. 46 PCP 1884.

233 Art. 44 PCP 1884.

234 Art. 72, párr. 2º, PCP 1884.

235 Presentación “Á las Córtes” del PCP 1884, p. 27: “en el proyecto se consignan con el carácter de rigurosamente perpétuas, las penas de extrañamiento [...]. Por mucha fuerza que quiera darse á la doctrina de las rehabilitaciones del delincuente por la pena, elevando á regla la reforma del reo, que es todavía, por desgracia, excepcion en la realidad de la vida, no cabe aplicar esa teoría á ciertos delitos como los vulgarmente llamados políticos, por relacionarse más directamente con la forma y vida del Estado, que son los castigados con la pena de extrañamiento. En ellos, el alejar de la Patria á los culpables es una medida de necesaria defensa contra los que se atrevieron á atacar su independencia, su libertad, el régimen de su vida nacional y de sus instituciones; y como por lo comun mantienen su rebeldía fuera de las fronteras de la Patria, no sería fundado el precepto del indulto á los veinte años, que se aplica á otras penas perpetuas, porque la presuncion de reforma pugna de frente con la realidad. No es, en verdad, lo que puede temerse en España, el exceso en mantener las proscripciones y perpetuar los alejamientos y destierros, y los indultos y amnistías satisfacen, por lo comun presurosamente, todas las necesidades que pudieran crear los arrepentimientos ó correcciones probados en delitos de cierta índole; pero importa mantener en la ley la naturaleza propia de esa pena, en justa consideracion á lo que ella debe ser para que satisfaga las necesidades posibles de la Nacion y del Estado, frente á la tenacidad del propósito criminal ó ante las exigencias que á cada país imponen sus propias vicisitudes históricas”.

236 Art. 35, párr. 5º, CPPM 1914, más el 54, párr. 2º, CPPM 1914, que, para el comienzo del cómputo, se sirve al pie de la letra del precepto del PCP 1884.

temporal de seis años y un día a veinte años, contados, por supuesto, desde el día en que el reo empiece a cumplir la condena²³⁷. El Proyecto de 1902 hace contar la duración del extrañamiento *desde el día en que el reo esté á disposición de la Autoridad para ser conducido á la frontera*²³⁸. En 1920, Quintiliano Saldaña proscribe de su anteproyecto de reforma la penalidad perpetua, como hostil a los postulados correccionalistas, pero se sirve con largueza de la *retención indeterminada*²³⁹; el extrañamiento, su *expatriación*, podría durar, como privativa de libertad en su sistema, *de un día a veinte años*²⁴⁰, mas luego abre el castigo de referencia *indeterminadamente, o por el tiempo de la condena*²⁴¹, dos alternativas acaso demasiado *científicas* o *teóricas*: la temporal no parece muy manejable en su término mínimo, la indeterminada lo es a riesgo de dar en la perpetuidad que se pretende rechazar²⁴²... En 1932 el extrañamiento se hace ya sólo temporal, conservando la extensión de la modalidad previa: de doce años y un día a veinte años, contados desde que el reo comenzó a cumplir²⁴³. En 1938, el extrañamiento de la propuesta falangista de Código durará *de once a veinte años*, computables, como siempre, *desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir la condena*²⁴⁴. La extrañación de 1939, siguiendo la plantilla de 1932, conservaba la duración de doce años y un día a veinte años, prolongables hasta los veinticinco por señalamiento legal de pena superior sin designarla especialmente²⁴⁵; lo ya conocido.

El extrañamiento que accedió por primera vez a un Código Penal fue el perpetuo de clásica genealogía, siendo el Proyecto de 1831 el primero que elabora su modalidad temporal, *de tiempo fijo*, acogida no sin reticencias por el de 1845 en un proceso que vemos desarrollarse en las interlocuciones transmitidas por las actas de la comisión; su resultante Código de 1848 da por buena la novedad y se sirve de una extrañación bicéfala, es decir perpetua y temporal, falseada aquélla por el automático indulto legal que se implementa en 1870. Un

237 Arts. 40, párr. 1º, y 44, párr. 3º, PCP 1882.

238 Art. 88, párr. 4º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 542.

239 SALDAÑA, "La reforma..." [136], p. 121.

240 SALDAÑA, "La reforma..." [136], pp. 104-105 (art. 58 ACP 1920).

241 SALDAÑA, "La reforma..." [136], p. 105 (art. 63 ACP 1920).

242 Véase PLB 1921, b. 15.

243 Arts. 30, párr. 2º, y 32, párr. 3º, CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963, CPTR 1973; 34, párr. 2º, y 36, párr. 3º, PCP 1939.

244 Arts. 30, párr. 2º, y 32, párr. 3º, ACP 1938.

245 Arts. 34, párr. 2º, y 88, párr. 2º, CP 1939.

tercer hito lo marca el Proyecto de 1882 al rechazar la perpetuidad y quedarse con la sola pena temporal; en el Derecho positivo, hay que apuntar al Código de 1932 la eliminación del extrañamiento vitalicio: el de 1928 ya lo había hecho para toda forma de punición, pero a la vez que renunciaba en absoluto al extrañamiento. En fin, como temporal también abandonó el ordenamiento en 1995.

6. Reglas de ejecución de la pena

A] El orden en la ejecución

Bajo el Código de 1822, no hay orden en la ejecución cuando el extrañamiento o destierro perpetuo del reino entre en concurso con la pena capital, por supuesto, pero tampoco cuando concurren con él los trabajos perpetuos o la deportación; opta por un sistema en el que la selección entre diversas penas concurrentes cuando lo fuere alguna de aquellas tres, se produce en la fase de señalamiento de la pena, imponiéndosele y sufriendo solamente la mayor, refundidas en ella las demás²⁴⁶; ahora, sin discriminar entre los dos tipos de destierro –del reino, de pueblo o distrito determinado–,

[...] El que por un delito merezca destierro, confinamiento, sujeción á la vigilancia, ú obligación de dar fianza, y por otro obras públicas, presidio, reclusión, prisión ó arresto, sufrirá estas últimas penas respectivamente, y despues será desterrado, confinado ó sujeto á la vigilancia, ú obligado á dar fianza²⁴⁷.

Esta conglobación de ambos tipos de destierro –del reino, de pueblo o distrito determinado– dimana de la compartida naturaleza restrictiva que los contrapone y al cabo pospone a las siempre prioritarias privaciones²⁴⁸. Buen in-

246 Arts. 113 y 114 CP 1822 (115 y 116, párr. 1º, PCP 1821).

247 Arts. 114 CP 1822 y 116, párr. 2º, PCP 1821.

248 Motivando, pues, el sistema proyectado, alega Calatrava: “si la otra pena es de obras públicas, presidio, reclusión, prisión ó arresto, ya se previene en el párrafo segundo que la sufra antes; pero si es, por ejemplo, un destierro temporal ó un confinamiento, el sufrirlo primero seria hacer ilusoria la sentencia de extrañamiento impuesta al reo. Muchos preferirian estar confinados dos ó tres años por no salir para siempre del Reino, y parece más conforme que en este caso se imponga sola la pena más grave. Importa poco que antes esté confinado ó sujeto á la vigilancia de las autoridades, si ha de ser desterrado perpetuamente de España” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 98, ses. 31-XII-1821, p. 1564).

dicio de ese desentendimiento del Estado que en principio comporta el extrañamiento puede ser la intención de hacer cumplir al reo merecedor de varias penas graves el extrañamiento en último lugar, como acto postrero de justicia, con toda lógica, que se va a ejecutar sobre el nacional ya desgajado de la madre patria en lo futuro; esto, salvo que se trate de las penas superiores en la escala, en cuyo caso no puede la ley sino contentarse con imponer sólo tales, como perpetuas que son. Así lo vuelve a plasmar el Proyecto de Sainz de Andino como excepción a la regla general de refundición en la más grave de las penas impuestas²⁴⁹:

Cuando con la pena de extrañamiento del Reino mereciese el delincuente por otro delito la de trabajos públicos en presidios o arsenales, la de confinación en los mismos, la de reclusión en un establecimiento correccional o la de obras públicas municipales, tendrá lugar la aplicación del extrañamiento con cualquiera pena de éstas en que haya incurrido, o con la más grave de ellas si fueren más de una; y se pondrá aquél en ejecución cumplida que sea la otra pena.

Toda otra pena corporal distinta de las cuatro que van referidas se tendrá por comprendida en la de extrañamiento²⁵⁰.

En su escala para la ejecución sucesiva de castigos en concurso, el extrañamiento, el confinamiento y el destierro vienen postergados por el Código de 1848 tras las privaciones de libertad de las dos primeras escalas graduales. No habría, en principio, por qué repetir ya las previsiones del Código de 1848 ante el concurso de penas, como que quedaron consignadas al tratar del relegado, pero aún conviene por cuanto que en ellas quedan excepcionados a su regla general precisamente extrañamiento, confinamiento y destierro; ésta es la versión de 1850:

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, ó si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las mas graves, ó sean las mas altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1^o y 2^o²⁵¹.

249 Váyase al art. 142 PCC 1831.

250 Art. 141 PCC 1831. El 140 PCC 1831 confirma lo que es de razón: “Si por alguno de estos delitos tuviese lugar la pena de muerte, la de trabajos perpetuos, la de encierro solitario con la misma calidad, o la de deportación, se entenderán refundidas en cualquiera de éstas, que corresponda aplicarle, todas las demás penas en que hubiese incurrido por otros delitos”.

251 Art. 76, párr. 2^o, CP 1850 (hágase memoria: el mismo artículo, en la prece-

Lo prescriben así el Código y la razón: “[...] por la sospecha fundada de fuga si se hiciera lo contrario [...] han de ser siempre las últimas las de extrañamiento, confinamiento y destierro, que por su propia naturaleza dejan al reo en mayor ó menor libertad; pero siempre con la suficiente para poder burlar los castigos ulteriores de que fuere merecedor”²⁵². El Proyecto de 1869 complicaba bastante las reglas en vigor, aunque podemos quedarnos con la inmanencia de la idea admitida: que “las de extrañamiento, confinamiento y destierro [...] se sufrirán despues de haberse cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º”²⁵³, que son las de privación de la libertad. Por fin, lo positivado en 1870 es una nueva escala de gravedad específicamente dispuesta para aquilatar el orden sucesivo, cuyos puestos finales ocupan o no abandonan las penas de restricción ambulatoria: relegaciones, extrañamientos, confinamiento –ya sólo uno– y destierro²⁵⁴. La regulación del llamado Código de Don Carlos VII no se aparta del de 1850²⁵⁵ ni los demás textos de este período del de 1870²⁵⁶. Quedaba el extrañamiento del Proyecto *Alonso Martínez*, a la hora de ser cumplido en concurrencia con otras penas con arreglo a la escala *ad hoc*, entre la relegación (pero comprensiva también de lo que tradicionalmente se entiende *confinamiento*) y el destierro, tras las privativas de libertad²⁵⁷. El de Silvela únicamente deja pendientes en general las penas de restricción de libertad hasta que el reo haya cumplido las de privación²⁵⁸. Respecto al Código hispano-marroquí, la serie penológica consagrada en la general pide nueva recomposición en su escala para el orden de gravedad: muerte, reclusión perpetua, la temporal, presidio, prisión, extrañamiento, arresto mayor, destierro, arresto menor, multas, inhabilitaciones²⁵⁹; y, en todo caso,

Si no fuere posible [...] el cumplimiento simultáneo de las penas, el reo las sufrirá

dente redacción de CP 1848, carecía del inciso “[...] ó si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas”).

252 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, p. 195; por igual, PACHECO, *El Código...*, p. 411.

253 Art. 76.10.2º PRCP 1869. Para completar este precepto, cfr. nota IV/711.

254 Art. 89.1ª CP 1870.

255 Art. 72, párr. 2º, CPC 1875.

256 Arts. 87.1ª CPCPR 1879 y 90 PRCP 1880, art. 88.1ª CPF 1884.

257 Art. 93, párr. 2º, PCP 1882.

258 Art. 73.2ª PCP 1884.

259 Art. 74, párr. 2º, CPPM 1914.

sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, y en caso de ser iguales, por el orden en que le hayan sido impuestas todas las penas a que haya sido condenado, cumpliendo primero las de privación de libertad [...]; después las de restricción de libertad [...], y, por último, las de privación de derechos que no hubieren podido cumplirse simultáneamente con las anteriores²⁶⁰.

Desde el de 1932, los articulados oficiales que se van derivando llevan a sus escalas para el cumplimiento sucesivo las modificaciones impuestas por las respectivas escalas generales, pero sin afectar nunca al extrañamiento conforme a su posición en la de 1870, sobre la que se trabaja: como últimas penas en la escala han permanecido hasta 1995, tras el arresto mayor, el extrañamiento, el confinamiento y el destierro²⁶¹. En definitiva, con esta ojeada histórica puede elevarse a la categoría de regla general y comúnmente admitida el que en las penas restrictivas de la libertad circulatoria o de residencia, con el extrañamiento a la cabeza, se produce una quiebra en la regla de ejecución de las penas por el orden de su gravedad: razones de pura eficacia aconsejan introducir este reajuste por cuya virtud tendrán preeminencia las privaciones de libertad, máxime en el caso del extrañado, que sale del poder del Estado y no se encontraría a su disposición en el momento de querer ejecutar una pena de prisión en sentido amplio más leve con arreglo al solo criterio ordinal de la gravedad. En resumen, el extrañamiento no se ejecuta si concurre con otras penas más gravosas; cuando lo haga con encierros menos graves, sólo cumplidos éstos, será expatriado el reo.

B] Actos ejecutivos materiales

Se ha expuesto, en cuanto posible primer acudimiento ejecutante, el orden previsto ante el concurso con otras penas, pero acometido que lo sea materialmente el acto extrañatorio, procede ajustarlo a particular tramitación, aunque en principio parezca que la simplicidad de su ejecución no pide mayor detenimiento²⁶². Sin embargo, apostilla Silvela al llegar ante la pena de extrañamiento que, en general,

260 Art. 55.2^a CPPM 1914.

261 Arts. 74.1^o CP 1932, 70.1^a CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973; también 65.1^a AFCP 1938 y 83.1^a PCP 1939.

262 Véase BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones...*, p. 34.

La ejecución de la condena comprende [...] la material conducción del penado por cuenta del Estado, ya en compañía de los agentes de la autoridad si se temen las evasiones, ya solo y fiándose á su palabra si no puede abrigarse este temor [...]. / Tan sólo parece conveniente indicar que impuestas tales Penas muy de ordinario á personas que no han perdido la estimación propia ni la de los demás, pueden confiarse que se alejarán de la patria y residirán en el punto designado, sin necesidad de emplear medio alguno coactivo²⁶³.

Mucho más pormenorizado es el guión que Landrove, siguiendo a Del Toro Marzal, esquematiza sobre la plantilla de tres decisiones a cargo del tribunal sentenciador:

A) La determinación del lugar en que se producirá la expulsión, es decir, la elección del país extranjero en cuyo territorio será depositado el penado.

B) El tribunal debe proveer al penado de la documentación necesaria que le habilite la entrada en el país extranjero y la residencia o circulación por el mismo.

C) Por último, y con auxilio material de la Administración, debe el tribunal habilitar el transporte del reo hasta el lugar designado para su expulsión del territorio nacional español²⁶⁴.

Mas a la teorización del protocolo debe seguir el estudio de las leyes. El Código de 1822 inicia el artículo dedicado a sus efectos y modo de ejecución con una sucinta pintura antes de abordar su quebrantamiento: “el que sea condenado á destierro ó estrañamiento del territorio español, será conducido hasta ponerle fuera de él”²⁶⁵. La operación ejecutiva se verificaría en los sentenciados a extrañamiento de 1830 y 1834 conduciéndolos hasta la frontera más próxima, en cuya línea divisoria se les había de notificar por segunda vez la sentencia²⁶⁶. Y ya sabemos también que en el trámite de ejecución propuesto por Sainz de Andino “los que sean condenados a sufrirla serán conducidos por dependientes de justicia hasta la frontera del territorio español donde se les intimará la prohibición de volver a entrar en él”²⁶⁷ bajo las penas prescritas. Al extrañamiento seríanle aplicables varias disposiciones de la Ordenanza General de Presidios, de 1834, pero aguardaré al capítulo del confinamiento para su examen, con el asidero de la remisión que el mismo Proyecto de

263 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 465-466.

264 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 89.

265 Art. 52 CP 1822 (procede sin otras variaciones que ortográficas del 53 PCP 1821).

266 Arts. 722 PCC 1830 y 794 PCC 1834, coincidentes.

267 Art. 63 PCC 1831.

Sainz de Andino hace a dicha norma reglamentaria en su regulación de las conducciones de penados²⁶⁸, circunstancia por la que igualmente habrán de pasar aquellos reos que se quiere extrañar.

En el Proyecto dirigido por Seijas Lozano, esta pena “[...] se sufrirá lanzando al sentenciado del territorio español con prohibición de volver”²⁶⁹. Y un escueto *será expulsado* es todo lo que los Códigos de 1848 en adelante aciertan a decir²⁷⁰. Las reglas para el cumplimiento de sentencias del año 1855 se ocupan conjuntamente de la relegación y el extrañamiento, sean a perpetuidad o temporales, por lo que, sin necesidad de volver a inserir los preceptos ya conocidos, reténgase tan sólo que aquéllas, en compendio, se enderezan a la puesta a disposición de la autoridad superior gubernativa de la provincia, con testimonio de condena, en los tres días siguientes a la notificación de sentencia, el aviso del recibo por los gobernadores de provincia y jefes inmediatos de establecimientos, y la participación por los gobernadores del cruce de la frontera²⁷¹. Las peticiones de indulto o de rebaja de pena se dirigirán por conducto de la autoridad política encargada de la vigilancia o por el de la judicial que la hubiere impuesto “[...] siendo estrañamiento, destierro [...] ó cualquiera otra de las demas que reconoce el Código y no privan al condenado de su libertad personal”²⁷². La ejecución de la accesoria inhabilitación absoluta en los extrañamientos se rige ejecutivamente conforme a lo examinado para la relegación²⁷³.

De la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 hay que

268 OGPR 1834, arts. 49 a 56. En la Comunicación por la que el Ministerio de la Gobernación de la Península “[...] pone en conocimiento del de Estado las gestiones practicadas por el gefe político de Madrid en cumplimiento del decreto de estrañamiento de estos reinos de don José Ramirez de Arellano”, de 31 de diciembre de 1840, en *CLRDO* 8, pp. 583-584, se notifica haber hecho “[...] la oportuna comunicacion al capitan general, para que sin demora alguna nombrase un gefe que se hiciese cargo y respondiera de la persona del referido Ramirez Arellano, y que con la fuerza de un subalterno y veinte caballos del ejército fuese conducido al punto que designase en las fronteras” (cfr. nota V/503).

269 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567 (art. 66).

270 Art. 103 CP 1848 ; art. 103 CP 1850 y PRCP 1869; art. 112 CP 1870; art. 99 CPC 1875; art. 110 CPCPR 1879; art. 109 PRCP 1880; art. 100 PCP 1882; art. 111 CPF 1884; art. 53 PCP 1884; art. 84 CPPM 1914; art. 63 ACP 1920, en SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105; art. 89 CP 1932; art. 81, párr. 1º, AFCP 1938; art. 99 PCP 1939; arts. 86 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

271 Arts. 3º a 7º del RDCSJ 1855.

272 Art. 22.5º, párr 2º, RDCSJ 1855.

273 Arts. 54.1ª y 57 CP 1850 y 11 RDCSJ 1855.

refrescar la puesta a disposición de la autoridad gubernativa “[...] para que sin demora comiencen á sufrir la pena, remitiéndole al efecto certificación literal de la sentencia”²⁷⁴, teniendo por suya la competencia para hacerla cumplir, en precepto de la nueva Ley procesal de 1882, desde que el reo “[...] se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena”²⁷⁵. Acaso esta disposición chirrié un tanto respecto del extrañamiento, toda vez que cuando el reo se traslada *al lugar en donde deba cumplir*, con justeza, deja por supuesto de ser competencia de la autoridad, toda vez que “esta pena se ejecuta conduciendo al reo á la frontera, en la cual empieza verdaderamente su cumplimiento”²⁷⁶, marginal al Estado, atento a ese solo quehacer y acuerdo. Si los actos de traslado y efectivo expelimiento sobre la frontera han gozado de una mínima atención normativa, es lo cierto que el más importante o azaroso, el de elección del punto, fronterizo o no (cabe hipotéticamente una extrañación por medio de transporte aéreo), ha quedado brumosamente en manos del gobierno sin la menor pauta o reserva que se las ate en ningún sentido.

7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos

Aunque, como ante la relegación quebrantada, no se trata ya –en categoría de Bernaldo de Quirós– de una *evasión*, sino de *invasión*²⁷⁷, de nuevo la intimidación funciona, en líneas generales, “[...] exagerando la acción represiva, hasta ingertar á la pena originaria otra de mayor gravedad para la libertad del condenado”, conforme lo expresaba Navarro de Palencia²⁷⁸. Reconocemos ahí la preceptiva de las *Partidas*, conjunta para destierros en alguna isla o echamientos de la tierra: muerte para el quebrantador del destierro o extrañamiento a perpetuidad, incremento de la pena hasta el doble de tiempo para el extrañado temporalmente que asimismo la quebrante²⁷⁹. Mucho más tarde, en los estertores de este ordenamiento de Antiguo Régimen, Álvarez Posadi-

274 Art. 913, párt. 1º, LPEC 1872.

275 Art. 990, párr. 3º, LEC 1882.

276 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 783.

277 Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Quebrantamiento de condena”, en *EJE*, t. XXVI, p. 503.

278 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 533-534.

279 *Partidas*, VII.31.10.

lla consigna cómo “á esta pena acompaña regularmente la conminacion de presidio si se quebranta por el penado”²⁸⁰.

A] El Código de 1822.

El mismo precepto que en 1822 describe el extrañamiento acude incontinenti a ocuparse de su conculcación. Respecto al correspondiente en su Proyecto, “en seguida fue aprobado el artículo sin discusion alguna, suspendiéndose los dos últimos párrafos, como habia propuesto el Sr. Calatrava”²⁸¹; tales párrafos ya contaban entre las “variaciones que en el proyecto de Código penal propone la comision que lo ha formado”, mas de ahí pasaron al Código con nuevas modificaciones cristalizadas durante la tramitación parlamentaria, pero no en la cámara, sino obra igualmente de la comisión. En aquella redacción original del texto de 1821 rezaban así:

[...] Si despues se le aprehendiere en España, será deportado sin más que reconocerse la identidad de la persona.

Si despues de haber quebrantado el destierro cometiere en España otro delito que merezca pena corporal ó de infamia menos grave que la de trabajos perpétuos, será conducido a éstos.

Si el nuevo delito mereciere pena de trabajos perpétuos, se le impondrá la de muerte, y en ninguno de estos casos se necesitará más proceso ni diligencia que el mero reconocimiento ó justificacion de la identidad de la persona y la sumaria informacion del nuevo delito²⁸².

Por las Variaciones al Proyecto entrambos, los dos aludidos, se fundieron en uno, convertido el fragmento en lo que sigue:

[...] Si despues se le aprehendiere en España, será deportado sin más que reconocerse la identidad de la persona.

Si despues de haber quebrantado el destierro cometiere en España otro delito que merezca pena corporal ó de infamia, será castigado con deportacion, y no podrá obtener nunca en ella los derechos civiles, ni empleo ni cargo alguno. Pero si el nuevo delito mereciere más de doce años de obras públicas, se le castigará como el de igual clase que cometa el reo fugado de la deportacion, con entero arreglo al párrafo segundo del artículo prece-

280 ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, p. 36.

281 DSC 1821-1822, t. II, n^o 88, ses. 21-XII-1821, p. 1391.

282 Art. 53 PCP 1821.

dente, sin que en ningún caso se necesite tampoco más que el juicio sumario conforme al Código de procedimientos²⁸³.

En este estado, como he dicho, quedó esta parte del artículo en suspenso, a la espera de ajustar sus previsiones con observancia de la proporcionalidad frente a las demás penas. Por virtud de las “Reformas...” de nuevo cuño que introduce la comisión en vista de lo discutido y aprobado en la cámara²⁸⁴, cuando se sanciona y promulga la Ley Penal aparece de este tenor:

[...] Si después se le aprehendiere en España, será deportado, sin más que reconocerse la identidad de la persona. Si después de haber quebrantado el destierro cometiere en España otro delito que merezca pena corporal menor de doce años de obras públicas, y que no constituya reincidencia, será deportado con la circunstancia de que no pueda obtener en su caso la gracia del artículo 144, sino después de estar en la deportación los diez años que señala dicho artículo, y otro tanto tiempo más cuanto sea el de la pena del nuevo delito: pero si este mereciere más de doce años de obras públicas, y menos de trabajos perpetuos, será castigado con esta última pena; y si mereciere trabajos perpetuos, se impondrá al reo la de muerte; observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capítulo quinto de este título²⁸⁵.

El trastrueque supone en todo caso una atemperación: ya no a todo supuesto de nuevo delito merecedor de pena menos grave que los trabajos se le van a aplicar éstos, pues, si lo previsto es pena menor a los doce años de obras públicas, irá el sujeto sólo a la deportación –su inmediatamente inferior–; no obstante, en la esfera procesal, salió adelante la abreviada diligencia para el recargo de pena, que, como ocurría en la deportación, pudiera revestir una minoración de garantías en detrimento del reo²⁸⁶. En los expresados título y capítulo para la reincidencia, se pune, como pena que no se puede doblar

283 Art. 53 de las “Variaciones...”, p. 552.

284 *DSC* 1821-1822, t. III, n° 111, ses. 14-I-1822, p. 1801.

285 Así continuaba, tras ofrecer la mínima noción del extrañamiento, el art. 52 CP 1822, el cual, proyectado como número 53 PCP 1821 por la comisión, había sido refundido por ésta misma en sus tanteos por dar con la medida satisfactoria.

286 Comentaba a la cámara Calatrava que “otras de las objeciones que se hicieron, versaron sobre el concepto equivocado de que la información sumaria que la comisión proponía para la imposición de la pena, había de excluir la audiencia de los reos. También se ha aclarado esto, aunque la intención de la comisión no fué nunca la que se ha entendido, sino que solo hubiese un juicio sumario, pero sin privar a los reos de las defensas naturales; y no entró en pormenores por creerlos propios del Código de procedimientos” (*DSC* 1821-1822, t. II, n° 87, ses. 20-XII-1821, p. 1378); cfr. nota IV/803.

por inextinguible, con la deportación al desterrado perpetuamente del reino –al extrañado– que se haga reincidente²⁸⁷.

B] Los Proyectos del primer tercio del siglo XIX

Las regulaciones de 1830 y de 1834 trazaron desiderativamente un esquemático tratamiento de la fuga y la reincidencia válido en principio para cualesquiera casos penales²⁸⁸. Ciertamente es que –igual que manifesté ante la deportación– no hubiera estado de más consignar que los preceptos procedimentales dedicados a la fuga en tránsito del confinado fuesen aplicables al reo escapado de la fuerza conductora que lo encamina hacia el puesto fronterizo de su extrañación. Nos consta la pena capital como castigo por quebrantar un extrañamiento perpetuo, si bien ya dentro de la parte especial de entrambos Proyectos y al menos para los tipos delictivos en cuestión²⁸⁹. Lo previsto en el intermedio texto de 1831 para *la agravación de pena a los que quebranten sus condenas*, ahora al extrañado que violare su expulsión, era:

El reo condenado al extrañamiento perpetuo del territorio español que lo quebrantare, y volviere a entrar en España, sufrirá de uno a tres años de encierro solitario y después se le volverá a extrañar del reino.

Si después de la fuga hubiere cometido algún delito de pena corporal, que no sea de muerte o trabajos perpetuos, se le condenará a la deportación²⁹⁰.

287 Art. 119 CP 1822 (o 121 PCP 1821). Los judicialmente condenados incurrirán en esta reincidencia cuando dentro de los seis “[...] años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena, ú obtenido indulto particular por aquella culpa ó delito, cometan otra ú otro que esté comprendido en el mismo título de este código que el primer delito ó la primera culpa” (arts. 116 y 117 CP 1822, consecuentes a 118 y 119 PCP 1821).

288 Cfr. notas IV/807, IV/811 y IV/812.

289 Art. 79, párr. 2º, PCC 1830; arts. 105, párr. 2º, y 109 PCC 1834, rancios preceptos que se ocupan del *hereje* y del *apóstata pertinaces*.

290 Art. 1146 PCC 1831 (aparte de la regla general, véase el art. 301, párr. 2º, PCC 1831). El art. 505 PCC 1831 prevé la fuga del preso al que se le fuese a imponer pena perpetua de extrañamiento y quebrantaren por medios violentos, “aplicándose la de deportación en lugar de la de extrañamiento perpetuo del Reino”. Además, “en la fuga de los reos sentenciados irrevocablemente se impondrá a los que le [sic] hubieren facilitado y protegido la mitad de la pena corporal que hubiera de cumplir el reo prófugo, si ésta fuese por tiempo indeterminado; y si fuese perpetua, la de dos a seis años de trabajos públicos en presidios y arsenales, según la calidad de la pena” (art. 497, párr. 1º, PCC 1831); no

El que quebrantare el extrañamiento del territorio español por tiempo limitado, acabará de cumplir su pena en una reclusión²⁹¹.

El incurso en la reincidencia definida por el Proyecto *Andino*²⁹² será merecedor de “la deportación si la pena del delito anterior hubiere sido la de extrañamiento perpetuo”²⁹³; y “el que por el primer delito hubiere sido extrañado temporalmente del territorio español, en el segundo se le hará cumplir el término de su pena en una reclusión”²⁹⁴, con la previsión de que una “[...] segunda reincidencia se castigará doblando el tiempo de la pena impuesta por la primera, sin variar su calidad”²⁹⁵.

C] En el Código de 1848.

Abordando la fase preparatoria del Código de 1848, o sea el Anteproyecto de Seijas Lozano y la Comisión, recordamos que este apartado del quebrantamiento es el único que se ocupa de la variedad temporal, y es que su ventilación acaece cuando ésta ya ha sido aceptada en el articulado. Por eso figuran establecidas sendas cláusulas que podrían fundirse en una, porque vienen a disponer lo mismo para ambas clases de extrañamiento:

El extrañado perpetuamente, que entrare en el Reino sin competente autorización sufrirá la prisión de primer grado, y después cumplirá el extrañamiento. / [...] El extrañado temporalmente, que entrare en el Reino sin el mismo requisito, sufrirá la prisión de primer grado, y después cumplirá el extrañamiento²⁹⁶.

Con relación a esa pena de prisión de primer grado, segunda de las correccionales en la economía punitiva del Proyecto, “su duración no bajará de

condenado aún, “en el caso de ser perpetua la pena que se pronuncie contra el prófugo, los empleados que hubiesen favorecido o permitido su evasión, serán condenados a la reclusión por tiempo de seis años, si la pena fuera de extrañamiento del reino [...]” (art. 487 PCC 1831).

291 Art. 1151 PCC 1831.

292 Arts. 1122 y 1123 PCC 1831.

293 Art. 1124, párr. 4^o, PCC 1831.

294 Art. 1131 PCC 1831.

295 Art. 1135 PCC 1831.

296 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622 (véase *ibidem*, ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048).

seis meses y no excederá de tres años”²⁹⁷. Recuérdese, por último, que en este articulado provisional de 1845 era la reincidencia circunstancia agravante²⁹⁸. Un título “De las penas en que incurrten los que quebrantan las sentencias, y los que durante una condena delinquen de nuevo” se integra a la postre en el Código de 1848; por él, perpetrado que sea un quebrantamiento de sentencia,

El extrañado perpetuamente será condenado á relegacion perpetua.

[...]

Los sentenciados á extrañamiento ó relegacion temporales serán condenados á prision correccional, y cumplida esta condena, extinguirán la anterior²⁹⁹.

A Vizmanos y Álvarez les cuadra esta vez el medio establecido, por el “[...] que se pasa á la pena superior en grado, pero siquiera de la misma escala [...]. Si al desterrado no se le contiene de volver á sus hogares con una pena mayor que la que antes sufría, ¿cómo podría la ley asegurarse de su cumplimiento?”³⁰⁰ Por el contrario, disiente Pacheco de la solución adoptada en este caso: “[...] no encontramos que la nueva pena decretada –la relegación– sea oportuna para semejante propósito. Al que abusa de la libertad en que se le deja, se le debe imponer como correctivo otra pena en que no tenga libertad. El que, extrañado, rompió su extrañamiento, no respetará su relegación, relegado. / Lo natural sería que al reo de quien aquí se habla se pusiese preso por un tiempo de tres o cuatro años, y se le volviese a extrañar después, aumentando la misma prisión, caso de que tornara”³⁰¹; en otras palabras, las de La Serna y Montalbán, “menos desproporcion encontramos [...], pero creemos que falta á la nueva pena analogía y eficacia”³⁰² (y –matiza Caravantes– “sin embargo, se le coarta mas que la pena que sufría, puesto que la que se impone, reduce y fija el territorio de su residencia”³⁰³). Lo argumentado vale para la otra posibilidad durativa, defendida por una prisión correccional que puede correr de siete meses a tres años³⁰⁴, todavía posiblemente desme-

297 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 80, párr. 1º).

298 Cfr. nota IV/819.

299 Art. 124.4ª y 6ª CP 1848 y CP 1850.

300 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 391-392.

301 PACHECO, *El Código...*, p. 486.

302 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 191.

303 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 266.

304 Art. 26, párr. 5º, CP 1848 y CP 1850.

surada³⁰⁵, “[...] pero haríamos siempre la necesaria sustitución que hemos indicado [...], guardando en todo caso la proporción descendente de lo perpetuo a lo temporal”³⁰⁶ –insiste Pacheco–. En cuanto a “los que después de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algún delito ó falta durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliéndola, ó bien habiéndola quebrantado”, tratándose de penados a extrañamiento, incurren

[...] en la pena señalada por la ley á la nueva falta ó delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el orden que en la sentencia prefiere el Tribunal, de conformidad con las reglas prescritas [...] para el caso de imponerse varias penas á un mismo delincuente³⁰⁷.

O sea que procede la misma regla que ante la recaída delictiva de un relegado temporal, ya estudiada y reiterable para el resto de penas por ver: confinamiento, destierro y sujeción a vigilancia, puesto que funciona como pauta de cierre.

D] El Código de 1870

Pues el régimen del quebrantamiento en 1869 y en 1870 rige invariado para esta pena con respecto a la relegación –acarrea una prisión correccional–, se remite éste al apartado que antes se le reservó, con la sola peculiaridad de que la sufrirán

[...] los extrañados en uno de los establecimientos penales del Reino³⁰⁸.

Satisfechos pueden mostrarse Gómez de la Serna y Montalbán ante la acogida legal de sus pasadas críticas por rigor excesivo y falta de analogía y eficacia, beneficiados así tanto el reo como los intereses de la justicia³⁰⁹. Durante el recorrido del Código la ya manejada ley represora del anarquismo que en 1896 dejaba expedito un extrañamiento gubernativo sí que castigaba

305 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 192; VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 266.

306 PACHECO, *El Código...*, p. 488.

307 Art. 125.4^a CP 1848 y CP 1850.

308 Arts. 124.2^a PRCP 1869 y 129.2^a CP 1870.

309 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 170.

la conculcación de éste con una relegación, aunque *sui generis*, “por el tiempo que los tribunales fijen en cada caso, pero que nunca podrá ser menos de tres años”³¹⁰. El sistema de punir los delitos simultáneos al tiempo de la condena pasa asimismo a ser general (castigo de la nueva infracción en grado máximo³¹¹), con lo que merece idéntica remisión. Vayamos con los articulados de algún modo coexistentes –en vigor o en proyecto– con el de 1870. Como resulta generalizado en buena parte del Código del pretendiente Carlos VII, en esta materia hace suyas las disposiciones de 1850³¹². No otra cosa obran con relación al Código de 1870 el de Cuba y Puerto Rico, el de Filipinas o el Proyecto de Bugallal³¹³. Para los Proyectos *Alonso Martínez* y *Silvela* hago envío a lo estudiado en sede de relegación³¹⁴, con una sola especificidad respecto a la pena quebrantada en el de 1884:

Si fuere de extrañamiento perpétuo, ó de inhabilitacion perpétua, el quebrantamiento se castigará con multa que no exceda de 2500 pesetas³¹⁵.

Ya se comentó ese *aumento de condena que no bajará de quince días, ni excederá de dos años* con que las Bases de Alonso Martínez querían recargar el quebrantamiento de las restricciones de libertad³¹⁶. El Código hispano-marroquí de 1914 reconduce este problema hasta uno de los títulos de la *parte especial* de su articulado, por el cual, producido un quebrantamiento de sentencia,

Los sentenciados a extrañamiento serán condenados a prisión que no exceda de tres años, interrumpiéndose la primera pena hasta que haya cumplido la segunda³¹⁷.

310 Art. 4º, párr. 31, de la Ley de 2 de septiembre de 1896 cit.

311 Art. 125, párr. 1º, PRCP 1869, y 131.1ª CP 1870.

312 Arts. 120.4ª y 6ª, 121.4ª CPC 1875.

313 Arts. 127.2ª y 129 CPCPR 1879 y CPF 1884, arts. 126.2ª y 128 PRCP 1880.

314 Art. 117.1ª y 3ª PCP 1882, para el quebrantamiento, y art. 19.16 PCP 1882 para la comisión durante la condena. Art. 117 PCP 1884, para el quebrantamiento, y arts. 114 y 116 PCP 1884 para la reincidencia en que se reconvierte la infracción penal cometida por un reo.

315 Art. 117, párr. 4º, PCP 1884.

316 PLB 1887, b. 11ª.

317 Art. 473.2ª CPPM 1914. Por supuesto, no debe de tener aquí aplicación, aunque no se diga, el art. 474 CPPM 1914 –otra cosa condujera al absurdo–: “Para que sea penable el quebrantamiento de sentencia es necesario que el penado se fugue de su Prisión con violencia o intimidación sobre las personas encargadas de su custodia; con

Y, ya regla general,

A los que cometieren algún delito o falta después de haber sido condenados por sentencia firme, hállese o no cumpliendo la condena, se les impondrá en su grado máximo la pena señalada para el nuevo delito o falta, siendo de aplicación a este caso lo que dispone este Código respecto del reo que haya de cumplir dos o más sentencias³¹⁸.

En 1920 y en el anteproyecto del vocal Saldaña, rige lo que él nomina *reaplicación penal*, conforme a lo ya expuesto cuando consideré su trazado de la deportación³¹⁹.

E] El Código de 1932 y textos posteriores

El legislador de 1932 vuelve a encerrar esta materia entre los delitos contra la administración de justicia, sin apenas otra referencia irradiable a las meras restricciones de la libertad que su cláusula más general:

Los que quebrantaren su condena serán castigados con arresto mayor si la sentencia quebrantada fuere de pena grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la cuarta parte de la pena impuesta³²⁰.

Y acaso la siguiente, pensada para privados de libertad, pero no difícil de imaginar en el condenado a extrañamiento al que se va conduciendo a la frontera:

Si la evasión del detenido se verificare fuera de dichos establecimientos, sorprendiendo a los encargados de conducirlos, se aplicarán las mismas penas, en su grado mínimo³²¹.

En 1944 se desorbita el capítulo con una amplia inclusión de no condenados, tradicionalmente sin pena en su fuga, que no atenta contra la autoridad punitiva del Estado por no quebrantar sentencia alguna:

fractura de puertas, ventanas, techos o suelos; con escalamiento, o usando ganzúas o llaves falsas”.

318 Art. 475 CPPM 1914.

319 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 121, 124 (art. 107 ACP 1920).

320 Art. 341 CP 1932.

321 Art. 343, párr. 2º, CP 1932 (con art. 367 CP 1932 sobre infidelidad en la custodia de presos).

Los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia, serán castigados con la pena de arresto mayor³²².

Los Códigos de 1932 y 1944 no toman en consideración la comisión de delitos en el curso de la condena más que, si fuere el caso, a los efectos de las agravantes de reiteración o de reincidencia³²³, solitaria la segunda desde 1973³²⁴. En ese ínterin, baste, por lo que hace al texto preparatorio de la Falange, una remisión a lo visto en ámbitos de relegación, toda vez que propone una regulación genérica, de la que podría resultar para el quebrantador de su extrañamiento o bien un encarcelamiento de uno a doce meses, o bien una prisión de uno a cinco años³²⁵; y reproduzcase igualmente la materia del redelinquimiento durante la condena³²⁶. El Proyecto de 1939 respetaba por entero las prevenciones en vigor desde 1932 contra el quebrantamiento³²⁷, con punición independiente –esto es uniforme– de la pena culpablemente interrumpida; y, como en la revisión del Código Penal obrada durante la Segunda República, la comisión de delitos en el curso de la ejecución no tiene otra especialidad que la que pueda derivar, en su caso, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia³²⁸.

Cubierto con ello el repaso a esta materia, adviértense tres soluciones frente al quebrantamiento: bien la imposición de una pena superior, que es la deportación o la relegación, bien el cumplimiento de un encierro temporal, tras el cual vuelve a ser extrañado el reo, bien –en propuesta de Alonso Martínez– la agravación temporal del extrañamiento; había de preponderar la alternativa segunda, la preferida por la doctrina. En cuanto al otro problema considerado, que el extrañado vuelva a delinquir una vez quebrantada la pena, aquí dos son las opciones barajadas: o ascender en la escala penal al peldaño superior del extrañamiento o agravar la pena correspondiente al nuevo delito con su aplicación en el grado máximo, resultando triunfante esta última respuesta en la evolución penal.

322 Arts. 334 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973 (más los arts. 362 y 363 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973).

323 Arts. 10.13 y 14 CP 1932 y 10.14 y 15 CPTR 1944 y CPTR 1963.

324 Art. 10.15 CPTR 1973.

325 Arts. 315, 316, 30, párrs. 6º y 4º, AFCP 1938.

326 Art. 10.14º y 15º y art. 6º AFCP 1938.

327 Arts. 296 y 297 PCP 1939.

328 Art. 10.14º PCP 1939.

8. Prescripción de la pena

Entendido que el Código de 1822 rehúsa la prescripción de las penas³²⁹, su acogida dentro del Proyecto subsecuente no viene exenta de problemas en su empleo sobre la condena del que debiera ser extrañado, pues, si al considerar su duración, sólo conjeturalmente intuíamos que los comisionados codificadores la querían perpetua, difícilmente podemos tomar pie de ahí sin más para desarrollarle un régimen prescriptivo sujeto a que

[...] Pronunciando sentencia en una causa que llegue a ejecutoriarse, no prescribirá la ejecución de la pena sino por doble tiempo del que se necesitaría para la prescripción de la acción penal [...] ³³⁰.

La acción penal no se sabe cuándo prescribe, porque carecemos del dato de la extensión temporal de esta pena y el precepto que relaciona los supuestos de prescripción ni siquiera habla de penas perpetuas (únicamente de la capital), quizás en la inteligencia de que en éstas no cabe efecto prescriptivo: posiblemente sea ésta la solución, sí, pero también cabe preguntarse si no se podría tener por aplicable la prescripción prevista para los castigos corporales de mayor duración, superiores a los quince años³³¹...; en todo caso, uno y otro, parece demasiado interpretar en una ley penal que debiera siempre hilar más fino... En el Proyecto *Andino* la recepción de un extrañamiento temporal junto al tradicional *de por vida* tiene una lógica repercusión en punto al lapso para prescribir: mientras que la pena perpetua cae bajo la regla vista al hilo de la deportación –se trata de penas corporales perpetuas y, por ende, imprescriptibles³³²–, al contrario,

Las condenaciones por pena corporal de tiempo limitado o de las demás penas, prescriben por doble tiempo del que esté prefijado en la sentencia, con la restricción de que en los delitos enormes no tendrá lugar la restricción [*sic*, por prescripción] por menos tiempo de veinte años; en las comunes de obras públicas municipales, de reclusión, de servicio militar forzado o de extrañamiento del territorio español, por menos tiempo de quince [...] ³³³.

³²⁹ Art. 178 CP 1822 (y 181 PCP 1821).

³³⁰ Art. 449 PCC 1830, igual al 544 de su sucesor PCC 1834.

³³¹ Arts. 446.2º PCC 1830 y 541.1º PCC 1834.

³³² Art. 1189 PCC 1831. La prescripción de la acción penal se trata en el 1182 PCP 1831.

³³³ Art. 1190 PCC 1831. Para estos casos, la prescripción de la acción penal se regula por el 1184, párr. 1º, PCP 1831.

Tomada razón de que “las prescripciones de las condenaciones aprovecha [*sic*] solamente para que el reo quede exonerado de la pena corporal sin causar alteración alguna en los efectos civiles de ésta”³³⁴, el beneficiado por la prescripción quedaría además sujeto a la especialidad de destierro presencial que reseñaré en su momento³³⁵. Los proyectistas del texto abocetado de 1843 a 1845 previeron que, aparte la pena de muerte y la de trabajos forzados, “las otras penas aflictivas se prescriben a los 15 años”³³⁶. Sabemos que el extrañamiento perpetuo lo es y suponemos que asimismo el temporal, aunque no se nos deja patente³³⁷, como no estiremos el sentido del repertorio penológico alistado *ab origine*, que sólo empleaba la imprecisa designación de *extrañamiento*³³⁸, aunque en la mente de todos, autores y lectores, estaba la perpetuidad excluyente puesta tanto en las Bases³³⁹ como en el precepto definitorio de la pena³⁴⁰, para acabar desexclusivizada *a posteriori*³⁴¹. Derivadamente, bajo los Códigos de 1848 y 1850, como pena aflictiva que el extrañamiento es³⁴², distinta de la muerte y la cadena, le corresponde para prescribir esa misma dilación de quince años desde que se haya notificado la sentencia ejecutoria³⁴³.

Igual proceden el Proyecto de Gómez de la Serna y el Código de 1870³⁴⁴. Por supuesto, siempre habrán de concurrir las condiciones ya examinadas: que el sentenciado no delinca de nuevo ni se ausente del país³⁴⁵ o que no sea habido³⁴⁶; aunque una considerable mayoría doctrinal encuentra que el reo que se exilia ya se está autoejecutando –expresémoslo así– la merecida pena, de ahí las reservas de Silvela ante las exigencias de la prescripción: “el

334 Art. 1191 PCC 1831.

335 Art. 1193 PCC 1831 (cfr. nota VIII/521).

336 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 623 (véanse, asimismo, *ibidem*, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 617; y ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048 [arts. 126 y 127]).

337 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595.

338 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45).

339 BCP 1844, b. 2^a.

340 ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 567 (art. 66).

341 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595; arts. 24 y 103 CP 1848.

342 Art. 24 CP 1848 y CP 1850.

343 Art. 126, párr. 3^o, CP 1848 y CP 1850.

344 Art... (sin numerar, en el Título VI, ed. cit., p. 284) PRCP 1869 y art. 134 CP 1870.

345 Arts. 127 CP 1848 y CP 1850.

346 Art... (sin numerar, en el Título VI, ed. cit., p. 284) PRCP 1869 y art. 134, párr. 3^o, CP 1870.

que ha cometido un delito político, para el que la Pena análoga y proporcionada era el extrañamiento, cuando él mismo se impone el castigo y le cumple, se coloca en la imposibilidad de prescribir. Bien es verdad que rara vez la arbitrariedad del indulto deja de corregir este defecto, incurriendo tal vez en otros no menos censurables”³⁴⁷. El Código penal del carlismo³⁴⁸, los Proyectos de los ministros Álvarez Bugallal³⁴⁹ y Alonso Martínez³⁵⁰, los corpus ultramarinos³⁵¹ nada varían a ese plazo prescriptorio de quince años. Sí lo hace el Proyecto de Luis y Francisco Silvela, conforme a aquellas reglas de aplicación general que se comentaron ante la relegación, resultando de treinta años para el extrañamiento vitalicio y, para el temporal, del doble de la duración de la mayor pena impuesta, con sendos límites mínimo y máximo de tres y de treinta años³⁵². De nuevo apegado al anterior articulado preparatorio de 1884, el Código del Protectorado, hace prescribir el extrañamiento de acuerdo con dicha regla: “[...] por el transcurso de un período de tiempo doble al de la duración de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta”³⁵³. El defensor Saldaña aboga por una prescripción “[...] condicionada e individualizada”, siempre con juicio *ad hoc*³⁵⁴. El extrañamiento, como pena superior en todo caso a los seis años de duración, prescribe a los quince años en 1932, como en las sucesivas refundiciones del Código³⁵⁵. Vale, tocante al Anteproyecto de 1938, la misma pauta expuesta para la relegación, como dada a todas las penas en común³⁵⁶; y el Proyecto del año siguiente se pliega a lo precavido por el Código entonces en vigor, el de 1932³⁵⁷.

La tónica perceptible en el tratamiento de la prescripción, al menos dentro del Derecho positivo, ha sido el plazo de quince años, solución que

347 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 440 (no obstante, *ibidem*, p. 379).

348 Art. 122 CPC 1875.

349 Art. 131 PRCP 1880.

350 Art. 120 PCP 1882.

351 Arts. 132 CPCPR 1879 Y CPF 1884.

352 Art. 129 PCP 1884.

353 Art. 97, párr. 3º, CPPM 1914.

354 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 124; y PLB 1921, b. 13.

355 Arts. 118 y 30 CP 1932 (en la LBCP 1932, b. 16, se encauza que “se corregirán los plazos de prescripción del delito y los de prescripción de la pena, reduciendo los primeros y elevando los segundos”); 115 y 30 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

356 Arts. 106 y 107 AFCP 1938.

357 Art. 128 PCP 1939.

sólo cede en 1822 y en algunos proyectos ante la del doble de la duración de la pena, a veces combinada con un plazo fijo para el castigo perpetuo, como esos treinta años propuestos por Silvela y efectivamente empleados por el Código marroquí. Pero –repito– la línea seguida por el ordenamiento apenas se ha salido de la citada extensión quindenial, tanto para la modalidad perpetua como para la temporal. Entre los penalistas vuelven a hacerse presentes en orden a la prescripción del extrañamiento tanto el retribucionismo clásico como el correccionalismo de última hornada, con apreciación de la pena como un mal por aquél, como un bien por éste: ya se vio atrás de qué modo toma en consideración cada escuela la puesta en cobro del restricto infractor mediante su huida al extranjero...

9. Tipos delictivos penados

Como recuerdan Goyena y Aguirre, el extrañamiento “segun las leyes de Partida [...] se solia imponer por el soberano á los ricos homes y títulos de Castilla, por ciertos delitos graves como la traicion y la alevosía”, mientras que “en los últimos tiempos, se aplicaba generalmente á los eclesiásticos esta pena, y casi siempre iba acompañada de la ocupacion de temporalidades, y aun privacion de la naturaleza. Los delitos porque se imponia comúnmente eran los políticos”; y, en efecto, ellos mismos vuelven a poner de manifiesto que “en las turbulencias políticas y en las disensiones civiles, suele ser muy eficaz; porque alejando á los promovedores del sitio en que ejercen su influencia, les da lugar para que desistan de sus propósitos y les inhabilita para llevarlos á ejecucion”³⁵⁸. Sírvanos tan compendiosa ojeada a la punición precodificada como acercamiento a sus modernas utilidades. Avisa el profesor Landrove de que “la pena de extrañamiento es de infrecuente consagración en el Código español”³⁵⁹; aunque él se refiere al texto que comenta, el refundido de 1973, parece que cabe extender el aserto al resto de fuentes normativas de este castigo. Ya en la discusión pena por pena de 1821, al resolver su admisión, en dependencia con el conocido reparo que esgrime en su contra la desigualdad de efectos, se “recomienda circunspeccion en aplicarla, por razon de las diferentes circunstancias de los reos”, aportación ésta de uno de los informantes que, en virtud del llamamiento del poder legislativo, colaboraron con sus ob-

358 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

359 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 89.

servaciones³⁶⁰. Fuera de tales consejos, se dispone el extrañamiento en este primer Código para los delitos que acto seguido se relacionan: declaraciones subversivas de funcionarios o eclesiásticos contra la Constitución³⁶¹, aplicación por eclesiástico de disposiciones conciliares o pontificias sin mediar el pase regio³⁶², denigración del cuerpo legislativo, el rey o el gobierno por parte de un eclesiástico³⁶³, impugnación con reincidencia de las facultades del gobierno por funcionario público o eclesiástico³⁶⁴, y extralimitación competencial –*haciendo fuerza*– de jueces y tribunales eclesiásticos³⁶⁵.

El único extrañamiento del reino que impone el Proyecto de 1830 es el del hereje pertinaz³⁶⁶, el mismo que se recoge en 1834³⁶⁷, más un vedamiento del territorio para el apóstata ausente³⁶⁸. Emplea Sainz de Andino el extrañamiento perpetuo para reprimir el proselitismo contrario a la religión católica³⁶⁹, la profesión en una secta³⁷⁰, la apostasía pública³⁷¹, la recluta de tropa para una potencia no enemiga³⁷², la organización de asociación secreta³⁷³ y distintas falsificaciones de moneda³⁷⁴. Como pena temporal se aplica a la reincidencia en la herejía pública³⁷⁵, la correspondencia con país enemigo³⁷⁶ o el viaje a él³⁷⁷ y la conspiración contra soberano extranjero³⁷⁸; figurando en este mismo concepto y latitud como una de las penas comunes de la complicidad

360 DSC 1821-1822, t. II, n^o 84, ses. 17-XII-1821, p. 1336. Cfr. nota V/53.

361 Art. 210 CP 1822. Véase la Ley de 17 de abril de 1821, art. 4^o.

362 Art. 218 CP 1822 (como alternativa a la prisión).

363 Art. 324 CP 1822.

364 Art. 325 CP 1822.

365 Arts. 511 y 512 CP 1822.

366 Art. 79 PCC 1830.

367 Art. 105 PCC 1834.

368 Art. 109 PCC 1834: “El apóstata manifiesto incurrirá en la pena de cuatro años de obras públicas; el pertinaz, si estuviere ausente, no podrá entrar en el reino; y si lo verificare sufrirá la pena de muerte”.

369 Art. 226 PCC 1831 (tras encierro solitario).

370 Art. 227 PCC 1831 (tras reclusión).

371 Art. 229 PCC 1831 (tras encierro solitario).

372 Art. 302 PCC 1831.

373 Art. 373, párr. 2^o, PCC 1831 (tras trabajos públicos).

374 Arts. 590, párr. 2^o, y 599 PCC 1831 (tras trabajos públicos).

375 Arts. 230, párr. 3^o, y 231 PCC 1831 (tras reclusión).

376 Art. 300 PCC 1831 (tras reclusión).

377 Art. 301 PCC 1831.

378 Art. 313 PCC 1831.

en los delitos³⁷⁹. La solicitud de intervención de potencia extranjera en España cuenta con modalidades temporal y perpetua³⁸⁰. En fin, con duración indeterminada aparece el extrañamiento en materia de matrimonios ilegales³⁸¹.

En los trabajos de la Comisión codificadora que llegan hasta 1845 comparece el extrañamiento sólo en delitos contra la religión (para los intentos de abolirla, la celebración de un culto público distinto y la reincidencia en proclamar la inobservancia de preceptos eclesiásticos)³⁸². Entre las prácticas forenses, la de Ortiz de Zúñiga, pasando revista a la imposición y ejecución de las penas en la caótica etapa que precede al Código de 1848, particulariza su habitualidad en el castigo de eclesiásticos *por su respetable estado*³⁸³.

Los casos de extrañamiento coinciden estrictamente en 1848 y 1850. Temporal lo hay para castigar la celebración de culto no católico³⁸⁴, la difusión de doctrinas contrarias a la religión católica³⁸⁵ y la ejecución por eclesiástico de normas pontificias sin los requisitos legales³⁸⁶. El perpetuo sigue a la tentativa de abolir la religión católica³⁸⁷, la apostasía pública³⁸⁸ y la reincidencia en prescindir del antiguo *pase regio*, o sea la validación por el ejecutivo de las disposiciones pontificias³⁸⁹. Vicente y Caravantes, habiéndole achacado desigualdad e inmoralidad, concluye que “cuando el delito consiste, no tanto en la residencia del culpable como en sus inclinaciones ó en su miseria, no encuentra en su alejamiento correccion ni recurso. Estas consideraciones han sido bastantes para que no se aplique esta pena á los crímenes comunes, sino mas bien á los políticos”³⁹⁰. No obstante, más que al ámbito político, parece que se sigue vinculando a la materia y a los ministros de la religión; de hecho, Vizmanos y Álvarez especulan con que, impuesta por el nuevo Código *a ciertos delitos cometidos por eclesiásticos*, “creémosla sin embargo capaz de

379 Art. 1115 PCC 1831.

380 Temporales, en los arts. 304 y 305 PCC 1831; perpetua en el 308 PCC 1831.

381 Arts. 461 y 477 PCC 1831.

382 ACGCP, ses. 12-VI-1845, a. 37, p. 889 (arts. 1º –tras reclusión–, 2º –tras prisión–, 3º y 4º, párr. 3º).

383 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 198.

384 Arts. 129 CP 1848 y CP 1850.

385 Arts. 130 *in fine* CP 1848 y CP 1850.

386 Arts. 145 CP 1848 y CP 1850.

387 Arts. 128 CP 1848 y CP 1850.

388 Arts. 136 CP 1848 y CP 1850.

389 Arts. 145 CP 1848 y CP 1850.

390 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 148.

mayor aplicacion, como muy propia para ciertos delitos políticos”³⁹¹. Pedro Gómez de la Serna en su discurso ante las Cortes que iban a aprobar el Código de 1848, envuelve en su crítica el extrañamiento perpetuo para los delitos contra la religión³⁹², rebatiéndosela Pidal³⁹³; desde la tribuna de su manual, en cambio, se queja aquél de que “la pena de estrañamiento usada antes en nuestras leyes, especialmente contra los eclesiásticos, se ha conservado para ciertos delitos cometidos por estos, y no se ha hecho estensiva á otros casos en que con ventaja pudiera ser aplicada”³⁹⁴; en cambio, Goyena y Aguirre subrayan que ya “el nuevo Código penal establece dicha pena para toda clase de personas”³⁹⁵. Y Saldaña, al recomendar la acomodación de la ley penal a la Constitución del 76, propone el extrañamiento para punir los delitos contra la nuevamente *protegida* religión del Estado”³⁹⁶.

El Código de 1870, con un extrañamiento perpetuo y otro temporal en su escala general, lleva el último nada más a su parte especial, para el castigo del eclesiástico que comprometa la paz o independencia del Estado publicando o ejecutando disposiciones pontificias³⁹⁷, tras ser juzgado por el jurado

391 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 357 (y véase VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, pp. 172, 248).

392 “Yo bien sé que no se dice en el Código que se queme al apóstata ni que se le ahorque; pero impone la pena mayor que ahora se puede en estas materias y otras análogas, cual es la de extrañamiento perpétuo, que equivale á tanto en el siglo actual como la de quemarle que se imponía hace trescientos años” (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n^o 82, ses. 14-III-1848, p. 1770). “Al fin á los extrañados por delitos políticos todos los días se les consuela con que va á darse una amnistía; pero á los que lo sean por apostasía, ¿quién les dá ese consuelo? ¿Quién toma su causa? ¿Quién les levanta esa pena?” (*ibidem*, p. 1771).

393 “Porque sin exageracion alguna diferencia hay entre quemar á uno ó encerrarle en la Inquisicion, á dejarle ir libremente á vivir en Naciones donde se disfruta de tanta comodidad, como en Francia e Inglaterra” (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n^o 82, ses. 14-III-1848, p. 1777).

394 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 174. A mayor abundamiento, *id.*, *Elementos...* [1877], t. III, p. 137.

395 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

396 SALDAÑA, “La reforma...” [134], pp. 386-387 (respecto a la sustitución del número 188 CP 1870, el precepto constitucional concurrente es el 11 CME 1876).

397 Art. 144, párr. 1^o, CP 1870. Francisco Silvela, en la acuciosa discusión pre-estival del Código critica la punición, con extrañamiento temporal, del ministro eclesiástico que publicare o ejecutare disposiciones pontificias comprometedoras para la paz, la independencia del Estado o la observancia de sus leyes: “bajo la forma de artículo del Código penal, se deja subsistente el pase régio; es decir, que se ha convertido en precepto repre-

que dispone la Ley de Enjuicimiento de 1872³⁹⁸. Ya nos había anticipado el comentario de Viada que la modalidad perpetua, a la vista del nulo uso que le da el Código, “[...] huelga verdaderamente” en él³⁹⁹.

La apostasía es penada por el Código carlino⁴⁰⁰ con extrañamiento perpetuo⁴⁰¹, único supuesto; el temporal queda para los intentos de abolir la religión católica provenientes de autoridad o con reincidencia⁴⁰², los actos públicos de culto no católico⁴⁰³ y la simple afiliación a sociedades ilícitas⁴⁰⁴. Los Códigos para Cuba y Puerto Rico y para Filipinas extrañan, temporalmente, en el mismo y único supuesto de 1870⁴⁰⁵. El Proyecto *Bugallal* reúne el extrañamiento del eclesiástico que comprometa la paz y la independencia⁴⁰⁶ con el de quienes pretendan abolir la religión católica⁴⁰⁷. El dicho y solo caso subsiste en el Proyecto de 1882: el de ese eclesiástico que pone en peligro la seguridad exterior por lo relativo a la normativa vaticana, desarrollado ahora algo más con la mención de pastorales excitando a la desobediencia⁴⁰⁸.

En la intención de Silvela, al elaborar esta pena para su Proyecto, estaba abrazar “[...] ciertos delitos como los vulgarmente llamados políticos, por relacionarse más directamente con la forma y vida del Estado, que son los castigados con la pena de extrañamiento”⁴⁰⁹. Sin embargo, no se ciñe a eso y penaliza con él, perpetuamente, algunas modalidades de traición, no de las de mayor gravedad⁴¹⁰; con proyección simplemente temporal, los actos cometidos por eclesiástico capaces de comprometer la paz e independencia del Es-

sivo lo que antes era solo una disposición preventiva” (*DSCC*, t. XIV, nº 307, ses. 15-VI-1870, pp. 8886-8887). Únicamente en atención a su emparejamiento en la parte especial con el tipo delictivo, la reprobación NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 595-596, como *pena típica de un solo delito* y si salvaguarda un trámite cancelleresco sin valor alguno práctico en la actualidad, tal pena tan solamente lo será *in nominatim*.

398 Art. 661.1º LPEC 1872 (vuélvase sobre el art. 26 CP 1870).

399 VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 152.

400 Véase GÓMEZ DE MAYA, *El Código...*, pp. 122-125.

401 Art. 132 CPC 1875.

402 Art. 124 CPC 1875 (tras haber cumplido una cadena temporal).

403 Art. 125 CPC 1875.

404 Art. 197 CPC 1875.

405 Arts. 142, párr. 1º, CPCPR 1879 y CPF 1884.

406 Art. 133 PRCP 1880.

407 Art. 153 PRCP 1880.

408 Art. 131 PCP 1882.

409 Presentación “Á las Córtes” del PCP 1884, p. 27 (cfr. nota V/235).

410 Arts. 159 y 161, párr. 2º, PCP 1884 (tras presidio).

tado⁴¹¹ y aquéllos que tiendan a abolir la religión del Estado, así como el culto público no católico⁴¹². El Código para Marruecos reserva el extrañamiento para las injurias, calumnias y amenazas a las altas autoridades del Protectorado⁴¹³, para delitos contra el orden público cometidos por ministros de una religión⁴¹⁴ y para el homicidio en duelo con circunstancias de atenuación⁴¹⁵.

Habida cuenta de su renuncia a corresponder penas con delitos, volviendo a un sistema arbitrario, trae el Anteproyecto de Saldaña para reforma del Código, en 1920, específico artículo preocupado de advertir que

La expatriación se aplicará sólo a delitos políticos⁴¹⁶.

En 1932, el nuevo Código, que ya tiene el extrañamiento como la más grave de sus restricciones a la libertad ambulatoria, lo apronta –con cierto ensanche al reemplazar a la desaparecida relegación– respecto a los delitos contra las Cortes o el Consejo de Ministros⁴¹⁷.

Con extrañamiento se sanciona penalmente en el Anteproyecto de la Falange al eclesiástico que diere curso a disposiciones pontificias contrarias al Estado⁴¹⁸, a los autores de delitos contra la dignidad y el interés de la patria⁴¹⁹, los de autoridades y funcionarios contra la sucesión en la jefatura del Estado⁴²⁰, la invasión del palacio del gobierno⁴²¹, y la disolución de manifestaciones con

411 Art. 167, párr. 1º, PCP 1884.

412 Arts. 208 y 209 PCP 1884.

413 Art. 127 CPPM 1914.

414 Art. 168 CPPM 1914.

415 Art. 327 CPPM 1914.

416 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 107 (art. 68, párr. 2º). Si bien Saldaña no llega a articular la parte especial en su *científico* Anteproyecto de 1920, poco hubiera clarificado en torno al uso de este correctivo o del resto de los aprestados, toda vez que, de acuerdo con las no previas bases, “las penas serán ofrecidas por el Proyecto a los Tribunales en ‘grupos de penalidad’, entre cuyas formas penales podrán elegir libremente. A cada grupo pertenecerán penas de diversa eficacia eliminatoria, correccional o intimidativa; para ser elegidas en razón a la diversa condición del delincuente, según sea estimado incorregible, corregible o intimidable”, de suerte que “el Proyecto, al establecer las sanciones para cada delito, no señalará penas aisladas, sino grupos penales” (PLB 1921, b. 16).

417 Arts. 150 a 152, 154, 157 y 164 CP 1932.

418 Art. 118 AFCP 1938.

419 Art. 131 AFCP 1938.

420 Art. 139 AFCP 1938.

421 Arts. 140 y 143 AFCP 1938.

resultado de muerte⁴²². Frente a ésta que puede llamarse floración, un caso atenuado de sedición monopoliza el extrañamiento del Proyecto de 1939⁴²³.

Todavía en el texto de 1944 la presencia del extrañamiento no ha llegado a ser lo anecdótica que en su postrimera etapa: continúa vigente el consabido supuesto del ministro eclesiástico que publica o ejecuta normas pontificias⁴²⁴ y hay el extrañamiento para delitos de invasión de las Cortes⁴²⁵. El cotejo con el siguiente Texto Refundido revela la supresión de aquel primer supuesto, tan inveterado, reduciéndose esta pena a la protección de las Cortes⁴²⁶. Desde 1973, su infrecuente previsión se reduce a reprimir la invasión violenta o intimidatoria de las Cortes reunidas⁴²⁷; con posterioridad, por ley orgánica de 1981, se equipararon a éstas las asambleas legislativas de las comunidades autónomas⁴²⁸. El extrañamiento, pena de indudable adscripción a los ámbitos criminológicos de la delincuencia política, compartió, pues, casi hasta el final de su pertenencia al arsenal punitivo del ordenamiento, esta aplicación con la tradicional de instrumento para la *eliminación* de clérigos enredadores: dos especies, pues, de *culebras de cascabel*...

10. Cuestiones político-criminales

No poco de lo que se dijo a la hora de caracterizar globalmente el grupo de penas restrictivas de la libertad circulatoria venía referido de entrada al extrañamiento, tomado a veces por paradigmático del conjunto a la hora de hacer la crítica y a despecho de su nada pacífica posición dentro de él. Recordemos, así, la gravedad que Constant veía en este castigo; el profesor Landrove, no deja de hacerse eco, en los últimos tiempos del extrañamiento, a finales del siglo XX, de aquel juicio o sentir expresado por el autor de *Adolfo*: “[...] el penado se ve forzado a vivir en un país extranjero, lo que, posiblemente, puede incidir de forma muy dolorosa en el sujeto que la sufre. Por ello, pre-

422 Art. 195, párr. 3º, AFCP 1938.

423 Art. 180, párr. 2º, PCP 1939.

424 Art. 126 CPTR 1944.

425 Arts. 149 y 152 CPTR 1944.

426 Arts. 149 y 152 CPTR 1963.

427 Art. 149 CPTR 1973.

428 Arts. 160 bis CPTR 1973, tras su introducción por “Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar”, en *BOE* nº 107, de 5-V-1981, disp. 9983, pp. 9477-9479.

cisamente, ha llegado a ser calificada de más aflictiva que ciertas penas privativas de libertad como el arresto mayor o la prisión menor, que también se ubican legalmente entre las penas graves”⁴²⁹. Con sensibilidad radicalmente distinta, Quintano apunta, por el contrario, que pudiera “[...] considerarse implícitamente que el extrañamiento constituiría más bien un premio que un castigo”⁴³⁰. Salta a la vista la idea a que el extrañamiento responde: para la *Enciclopedia* francesa, con esta pena “[...] el soberano pretende quitarle [*sic*] a los culpables los medios para cometer nuevos crímenes, [...] expulsándolos del país”⁴³¹. Entraña, por tanto, eliminación, exclusión como ninguna otra, en lo cual, para bien o para mal, reside su haber⁴³², lo que será tenido en cuenta para su recomendación y adopción, si tal virtud se estima aprovechable, o para su rechazo, cuando el concepto de pena que se esté manejando no admita la innocuización entre sus fines o, simplemente, al tomar en consideración el perjuicio irrogable a la comunidad de destino. Con todo, suele éste tenerse por uno de los potenciales provechos que aporta el extrañamiento a la armería punitiva, pese a que, según vamos a considerar enseguida, no resulta, si bien se mira, enteramente supresor del *poder de dañar*.

En orden a la economía penal, otros rasgos interesantes para la doctrina decimonónica radicaban en su reparabilidad y divisibilidad, aunque –de acuerdo con Goyena y Aguirre– esto último sólo *con respecto á su duracion, no por lo que hace á su intension*⁴³³, pues mal admite una gradación en su aflictividad: se expulsa, se prohíbe el retorno y ahí se contiene todo el recorrido (de acuerdo con su propio sistema, mejor que de reparable *en extremo*, habría de calificarse antes de remisible y no más⁴³⁴...). Para ciertas escuelas, la analogía entre la pena y el delito llenaba una importante condición que debía entrar en los cálculos del legislador: por lo que al extrañamiento toca, la controversia o vacilación interpretativa se plasma incluso en un mismo autor; así, Silvela asiente, primero, a la no concurrencia de esta característica tenida por necesaria desde determinados postulados: “cuando [...] al reo de rebelion

429 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 88.

430 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 534.

431 JAUCOURT, “Pena”, p. 137.

432 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 518-519, no agrupa el extrañamiento entre las penas restrictivas de la libertad, sino que, dentro de la interdicción de libertad, le reserva la subcategoría específica *de las limitativas por exclusión* (*ibidem*, p. 595). Véase TORRES AGUILAR, “La pena...”, p. 712.

433 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

434 Véase GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 108.

se le extraña, es imposible distinguir punto alguno de contacto entre el mal y el daño que se intenta pagar y retribuir, con el mal y el daño que se mira como paga y retribucion”⁴³⁵; mas, enseguida, parece incurrir en contradicción al volver nuevamente ante “el que ha cometido un delito político, para el que la Pena análoga y proporcionada era el extrañamiento [...]”⁴³⁶: rebasado el tali3n, el tema de la analogía entre delitos y penas se torna de lo más espinoso... Reputada pena “[...] moral y correctiva por la facilidad con que el penado puede mudar de conducta y restablecer su reputacion”⁴³⁷, desde cierto punto de vista se hace patente esta bondad del extrañamiento, acorde con los planteamientos sociológico-criminales que enfatizan la especial incidencia de variables espaciales y ecológicas en la dinámica de la criminalidad –con la morfología que fuere–, a la vez que proponen, entre otros mecanismos correctores, la modificación ambiental en cuanto factor de desidentificación del individuo con sus modelos criminales⁴³⁸. En cambio, la cualidad que acaba de reconocerse arrastra como contrapartida la misma tacha de inmoralidad que ya hemos visto hacerle a la deportación: se trata del argumento de las *franklinianas sierpes*, esas *culebras de cascabel* repelidas desde la patria, pero arrojadas a pueblos en un estadio político y cultural de mayor sencillez; el argumento antideportatorio sólo se modifica para el extrañamiento en que el receptor va a ser el vecino, conflicto éste no menor que el otro... Pero el más recurrente de los reproches asestados a esta pena es, como al resto de su familia penológica, la nota de desigualdad potencial que lleva a que “los autores fundados en las leyes, recomiendan mucho la consideracion á las personas desterradas, pues para unos seria un castigo en realidad y aun cruel, mientras para otros un placer”⁴³⁹, pero claramente esto parece predicable de cualesquiera otras penas de las que intervienen sobre la libertad⁴⁴⁰. En concurrencia, con talante utilitario se le ha opuesto el reparo del nulo beneficio que reporta al común. De una parte, tras el extrañamiento acecha siempre la suicida promoción por el propio Estado de focos de hostilidad u oposición

435 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 379.

436 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 440; intégrese, *ibidem*, t. II, pp. 443, 453.

437 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

438 Atiéndase, v. gr., a ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, pp. 182 y ss.

439 VALDÉS, *Diccionario...*, pp. 219-220. V. gr., entre los más clásicos, sopesa la dificultad el utilitarista BENTHAM, *Tratados...*, pp. 317-318; de los autores hispanos, léase también a GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

440 V. gr., CADALSO, *La pena...*, p. 28.

en el extranjero, de cuyo tratamiento por Luis Silvela ya se ha dejado constancia⁴⁴¹; para el Estado es, a primera vista, penalidad innocuizadora del elemento indeseable o perturbador, mas, cuando se ahonda un tanto en el sesgo que toman las comunidades de exiliados –séanlo penal, gubernativamente o *motu proprio*–, queda al descubierto aquel riesgo advertido por Hobbes⁴⁴² y comprobado por la Historia en cada oportunidad: “[...] su aplicación puede determinar en la práctica la aparición en el extranjero de núcleos de emigración capaces de maquinarse impunemente contra el régimen que los ha sancionado”⁴⁴³. Por otro lado, se ha querido elevar al rango de principio que el Estado en ningún caso debería desamparar, desgajar de sí a sus naturales, como también que toda pena ha de ser cumplida dentro de los propios límites de territorialidad nacional, consideraciones éstas que acaso encierren la clave de su inapelable desdeño por los modernos Códigos.

La pena de extrañamiento, y no sólo en España, “hoy está prácticamente abandonada”⁴⁴⁴. Landrove, siguiendo a Quintano Ripollés, profundiza en su irrevocable anacronismo, sentido con amplitud, a la vista de la evolución del mundo occidental: “dado que el Derecho político moderno aspira al estrechamiento de los lazos de la nación con los ciudadanos, deben éstos estar permanentemente sujetos a las consecuencias naturales de la soberanía”⁴⁴⁵. El axioma se desenvuelve en una doble vertiente para acabar abocando también en la insolidaria suelta de crócalos sobre suelo más o menos vecino, tal como se hizo sobre el colonial en la deportación; con cierto adelanto a la apertura del proceso codificador español y todo un siglo antes de que el Proyecto *Montilla/Bernaldo de Quirós* pensase en prescindir de esta pena antes que de compatriotas, lo que no llevará a efecto sino el Código de 1928, José Marcos Gutiérrez tenía planteada perfectamente la ecuación:

[...] creemos debería sustituirse otra pena que, en vez de privar á la pátria de un ciudadano que podría serle útil, le conservase en su seno. / Si en vez de útil el desterrado, puede ser nocivo, no parece aprueba el derecho natural que se haga semejante presente á las demas naciones, las cuales debemos mirar como una inmensa y propia familia⁴⁴⁶.

441 Cfr. nota V/149; por igual, ALCALÁ GALIANO, “Recuerdos...”, pp. 206-207. Véase, además, RIVERA GARCÍA, *Reacción...*, p. 284.

442 Cfr. nota II/63.

443 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], pp. 88-89.

444 VILLA-REAL MOLINA/DEL ARCO TORRES, *Diccionario...*, p. 192.

445 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 88.

446 GUTIÉRREZ, *Discurso...*, p. 143. Léase a VANDERLINDEN, “La peine...”, p. 450.

No hay sino que recordar los problemas generados, simplemente en cuanto a abastecimiento, por la expulsión carolina de la Compañía de Jesús; o, ya afectando con notorio peligro al orden público y seguridad interna, las extrañaciones de anarquistas en la coyuntura de los siglos XIX y XX⁴⁴⁷. Pero hay más, otras valoraciones –centradas sobre la dinámica interna entre la colectividad, el infractor y el castigo– en abono de su repudio penológico, toda vez que si “[...] tuvo un sentido de gravedad extrema en los tiempos antiguos, en que dominaba omnipotente el vínculo personal de tribu o nacionalidad, cuya ruptura era casi equivalente al de la vida, o por lo menos al de la vida social y civilizada”, si las amarguras del destierro “[...] arrojaban al condenado a ellas fuera de la comunidad, en los horrores de la vida primigenia, sin protección alguna ni categoría humana”, según observaba el mismo Quintano, “naturalmente que en las condiciones de vida actuales, de equivalencia de derechos humanos en todos los países civilizados, la pena de extrañamiento ha perdido gran parte de su sentido intimidativo, limitándose a una emigración forzosa, que para muchos quizás ha de resultar un bien”⁴⁴⁸. Todo acaba resultando, pues, opinable e incierto en el extrañamiento: el Estado o la comunidad se benefician librándose de sus desleales, pero empobrecen su activo poblacional..., el sujeto sufre un enorme descalabro con su expulsión del grupo o se elude las consecuencias de sus actos reiniciando su vida en otra parte sin mayor inconveniente, el país receptor ha de vérselas con las *culebras de cascabel* ajenas o recibe con ellas un valioso contingente migratorio, acaso intelectualmente cualificado...

Tales son las virtudes, tales los defectos, tales las ambivalentes calidades que parece presentar el extrañamiento, pero no estará de más atender a lo que desde el poder se ha hecho con su concepto, intuyendo ya que, ahí la expedita tentación, habrá sido utilizado para menesteres extraños, paralelos a la matemática relación entre el tipo y su pena que enuncian los Códigos penales para su desarrollo judicial. Bastante de lo dicho al tratar de la deportación gubernativamente infligida, sobre todo lo que respecta a la profilaxis constitucional contra tales usos, vale igual a la hora de contemplar el extrañamiento de la misma emanación, a la manera de ostracismo, *como recurso real no regulado, pero de aplicación positiva*⁴⁴⁹; de entrada, aquel apunte de un Azcutia quejumbroso por cómo “[...] las Constituciones vigentes han sido siempre lo de ménos y las deportaciones y los extrañamientos, con olvido absoluto del

447 Véase GONZÁLEZ CALLEJA, “La emigración...”, pp. 485 y ss.

448 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 534.

449 POSADA, “Ostracismo”, p. 167.

Código y sin intervencion de los tribunales, se han repetido con sobradísima frecuencia y con más acaso de arbitrariedad que de justicia⁴⁵⁰. De acuerdo con Maraño, “sobre todo a partir del siglo XVIII, las fronteras españolas, y principalmente la de Francia, han sido constantemente holladas por los emigrados, ya con el paso trémulo de dolor, al partir sin saber cuándo será el retorno, ya con la prisa alegre de la vuelta. No es exageración decir que han sido excepcionales los hombres de gobierno españoles que no han conocido esa gran tristeza y esa gran alegría; y algunos más de una vez⁴⁵¹. La historia política del XIX español es un rosario de pronunciamientos y extrañamientos; en estos últimos se entreveran el autoexilio, la expulsión gubernativa o legislativa y, en mucha menor medida, el extrañamiento jurídico-penal, el sometido al principio de legalidad, impuesto por tribunales como culminación de un proceso con garantías para el imputado... Muy a menudo desbrozar categorías en este punto se vuelve poco menos que tarea de zahorí, y, por otro lado, la historia del exilio hispano, a través de sus varios conductos o en sus distintas ostensiones, ya afrontada con solvencia, desborda a todas luces las limitadas pretensiones de mi trabajo, pero sí me serviré de ella para asomarme a diferentes problemas y aspectos tangentes al extrañamiento punitivo o, a veces, incluso secantes.

La inmemorial convivencia del destierro judicial y de un destierro esgrimido por el poder ejecutivo debe ser el punto de partida para calibrar que no se trata de abusos o degeneraciones modernas, sino todo lo contrario: precisamente el constitucionalismo ha debido embridar ésta, como tantas otras potestades arbitrarias del poder, en un esforzado proceso no exento, como se verá, de fracasos y proditorias contravenciones. Si se vuelve la mirada hacia el Medioevo, sorprende *un tipo de sanción que no procede de una sentencia*, que dimana de *la potestad real para expulsar del territorio del reino* a los incursos en ira regia⁴⁵², y sorprende porque tales maneras políticas las reconocemos como mucho más cercanas a nosotros, casi de ayer, como quien dice. Desde aquel entonces, y aun mucho antes, el extrañamiento “por lo regular se aplicaba por la vía gubernativa⁴⁵³, castigo ex abrupto, horro de toda

450 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 379.

451 MARAÑO, *Españoles...*, p. 21.

452 MORÁN MARTÍN, *Historia...*, t. I, p. 458. Véanse Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición: la traición regia en León y Castilla*, pp. 141-142, 161-162, 189-190...; GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso...*, pp. 384-386, 440-441; Hilda GRASSOTTI, *La ira regia en León y Castilla, passim*; Sylvia ROMEU ALFARO, “Consideraciones sobre la ‘desnaturatio’”, *AHDE* 41 (1971), pp. 1016-1017. Consúltese, en fin, *Partidas*, IV.24.5.

453 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

formalidad cuando *importa interesantemente liberar la República de malos hombres*⁴⁵⁴. Una de las líneas de proyección –la más vigorosa– apuntadas por el extrañamiento desde comienzos del siglo XIX es la de la eliminación política: se extraña por vía de decreto o por vía de hecho al opositor, en tanto que la pena judicialmente impuesta prolonga con la mayor languidez el tradicional empleo, ya por Recaredo en su siglo VI⁴⁵⁵, contra eclesiásticos indóciles a la autoridad regia (amén de la imposición a reos de ciertos delitos contra la religión). En el salto desde el XVIII, José Marcos Gutiérrez reflexionaba así:

[...] En otros tiempos solian los Soberanos y sus tribunales superiores estrañar del reino á los eclesiásticos inobedientes ó perturbadores de la tranquilidad pública, privándoles de la naturaleza y ocupando sus temporalidades; pero en el día, que el claro conocimiento de las regalías y facultades legítimas de los Príncipes y sus magistrados supremos con respecto al clero, antes muy oscurecidas é ignoradas de muchos, ha hecho muy sumisos y obedientes á los mandatos reales unos individuos tan respetables de la sociedad, no vemos en ellos ningunos ejemplares de la espantosa pena de estrañamiento del reino⁴⁵⁶.

No obstante, el Código de 1848 todavía seguirá penando con extrañamiento al eclesiástico irrespetuoso o relucante ante el *pase regio*⁴⁵⁷, y la determinación va a llegar hasta el Texto Refundido de 1944⁴⁵⁸. Pero sosegemos la marcha y discurremos con algún orden a lo largo del tracto codificador, sin dejar de contextualizarlo históricamente. Haciendo abstracción de su relevancia cualitativa y cuantitativa, no son aquellos tres procesos masivos de extrañamiento o de expulsión arriba aludidos los únicos que registra la Historia de España: el siglo XIX tuvo, como primicias, uno de ellos en las represalias del *indeseable Deseado* contra josefinos y liberales, apenas repuesto en su trono. Previamente, había abierto la veda contra los *afrancesados*, durante la misma guerra de Independencia, la Junta Suprema Central, secundada por las juntas locales y provinciales, y las dos regencias subsiguientes⁴⁵⁹. Muy ilustrativa de cómo se entreveran un exilio salvífico y

454 SENÉN VILANOVA Y MAÑES, *Materia criminal forense, ó tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta materia*, t. II, pp. 7-8.

455 ORLANDIS, “El reino...”, p. 477.

456 GUTIÉRREZ, *Discurso...*, p. 143.

457 Art. 145 CP 1848.

458 Art. 126 CPTR 1944.

459 Véase VILAR, *La España...*, p. 99.

el extrañamiento represaliante es la Orden de 17 de octubre de 1813, dada en la Isla de León, por la cual

Las Córtes han resuelto que siempre que ocurra que un español, desobedeciendo los soberanos decretos, se extrañe voluntariamente del Reino, el Gobierno no dé cuenta á las Córtes de semejantes ocurrencias sin avisar al mismo tiempo haber manifestado á la Nacion el extrañamiento del individuo inobediente⁴⁶⁰.

Cuando Fernando VII entró en Madrid el 13 de mayo de 1814, la persecución de los liberales a los que en buena medida debía su nueva entronización había ya comenzado: “en la noche del 10 de mayo, las tropas del general Eguía, investido por el rey como gobernador civil y militar de Madrid, ocuparon la ciudad sin resistencia alguna. Se hizo entonces público el decreto de 4 de mayo. [...] En aquella noche del 10 al 11 de mayo fueron enviadas a prisión treinta personas”; otros amenazados, “[...] que pudieron salir de España, fueron condenados a muerte”⁴⁶¹; pero esta emigración es más huida, exilio que extrañamiento, por cuanto que el castigo reservado para todos ellos fue de prisión o muerte (incluso hubo peticiones de extradición⁴⁶²). No así para los *josefistas*. La diferente política represiva seguida con ellos se manifiesta ya en la Real Orden circulada el 30 de mayo de 1814, requiriendo a las autoridades fronterizas para que “no permitan entren en España con ningun pretexto” los más significados colaboracionistas con el rey José, “y si alguna ó algunas de tales personas hubieren entrado ya en el reino, las hagan salir de él; pero sin causarles otra vejacion que la necesaria para que esta providencia quede ejecutada”⁴⁶³: Artola, en su

460 “Se manda hacer público por el Gobierno el extrañamiento de los que por no obedecer los soberanos decretos se hayan extrañado voluntariamente”, orden de 17 de octubre de 1813, en *CODOCO* 5, p. 5.

461 Jorge VILCHES, *Liberales de 1808*, pp. 290-291. Véase VILAR, *La España...*, pp. 124-127.

462 Váyase a VILAR, *La España...*, p. 125.

463 “Circular del Ministerio de Gracia y Justicia, por la cual se prescriben bajo diferentes artículos las reglas que han de observar los Capitanes generales, Comandantes, Gobernadores y Justicias de los pueblos de la frontera al volver á España los que se declararon parciales y fautores del gobierno intruso, y salieron en pos de sus banderas”, de 30 de mayo de 1814, en *DRF* 1, pp. 49-50. Entre los expulsados se incluyen: “1º. El que haya servido al Gobierno intruso de Consejero ó Ministro. 2º. El que, estando antes empleado por S. M. de embajador, ó Ministro, de Secretario de embajada ó Ministerio, ó de Cónsul, haya admitido despues poder, nombramiento ó confirmacion de aquel Gobierno, ó continuado en cualquiera de estos encargos en su nombre. 3º. El General y oficial desde Capitan inclusive arriba que

acreditado estudio sobre *Los afrancesados*, echa el cálculo de unas doce mil familias expatriadas en este trance, si bien en condiciones de lo más heterogéneas⁴⁶⁴, destacando entre los afectados por esta primera venganza fernandina buena porción de los intelectuales y literatos del país⁴⁶⁵; todavía eleva la cuenta Marañón a quince mil presuntos colaboracionistas –quizá hasta veinte mil en el cálculo de Vilar– y otros tantos liberales, siempre computando *paterfamilias* o solteros mayores de edad⁴⁶⁶. Hasta donde con los datos estadísticos resulta hacedero puede advertirse cómo se imbrican los desencadenantes y los modos de la represión, en la cual, con una realidad no siempre discernible, figura el extrañamiento punitivamente impuesto como una más de sus variadas manifestaciones. La represiva medida, obstinadamente reforzada en el tiempo⁴⁶⁷, quedará paliada un tanto en la real cédula de 15 de febrero de 1818, “por la cual se declara las personas que pueden volver á España de las que siguieron al Gobierno intruso en su retirada á Francia”, condicionando el regreso a la petición de perdón⁴⁶⁸.

Durante el Trienio constitucional no hubo programada persecución a los absolutistas; simplemente, emigraron en su mayor parte por precaución o

se haya incorporado en las banderas del expresado Gobierno, ó en alguno de los cuerpos de tropas, destinadas á obrar contra la nacion, ó seguido aquel partido. 4º. El que haya estado empleado por el intruso en alguno de los ramos de Policía, en Prefectura, Subprefectura ó Junta criminal. 5º. Las personas de título, y cualquier prelado ó persona condecorada con alguna dignidad eclesiástica, que le haya conferido el expresado Gobierno; ó estándolo ya por el legítimo, haya seguido el partido del intruso, y espatriádose en seguimiento de él” (*ibidem*, art. I); por lo demás, “las mugeres casadas que se expatriaron con sus maridos seguirán la suerte de estos” (*ibidem*, art. VI, p. 51); por último, a los suboficiales y la clase de tropa se les concede plazo (“de un mes, los que estuviesen en España, y de cuatro los que se hallen fuera”) para presentarse, “pasado el cual se procederá contra los tales con arreglo á ordenanza si fueren aprehendidos en territorio español” (*ibidem*, art. VII, pp. 51-52).

464 ARTOLA, *Los afrancesados*, p. 264.

465 Véase GÓMEZ DE MAYA, *Las penas...*, pp. 481-483.

466 MARAÑÓN, *Españoles...*, pp. 49-50; VILAR, *La España...*, pp. 106, 118.

467 Véase ARTOLA, *Los afrancesados*, pp. 272-275.

468 “Real cédula de S. M. y Señores del consejo, por la cual se declara las personas que pueden volver á España de las que siguieron al gobierno intruso en su retirada á Francia; aplicacion que de sus bienes se ha de hacer, y modo de procederse en este negocio”, de 15 de febrero de 1818, en *DRF* 5, pp. 67 y 69; pero, otra vez, “todos los que sin poder hacerlo se introdujeren en el reino serán reconducidos á la frontera sin otra vejacion ni molestia que la necesaria para llevarlo á efecto” (*ibidem*, art. 11, p. 72). Véanse GARRIDO Y TORTOSA, *La España...*, p. 38; y VILAR, *La España...*, p. 110.

inconciliabilidad con el régimen liberal⁴⁶⁹. A su término, el monarca reproduce aquel inicuo desquite ya ensayado tras su propio exilio francés: para este período, como ocurría en 1814 y sus años circundantes, resultará arduo en extremo, cuando no imposible, desbrozar los tipos de incontrovertible extrañamiento, pues su estudio requiere penetrar en una casuística prácticamente inextricable: en los procesos migratorios o de exilio generados por la segunda experiencia constitucional, por su proclamación y caída, y en menos de un lustro, volvieron a confluír las vidas de quienes marchaban por intereses particulares (comerciales, culturales, medicinales...), exclusiva o sólo aparentemente⁴⁷⁰, de los realistas hostilizados por el *nuevo régimen*, de los liberales víctimas de las luchas partidistas en el seno del liberalismo⁴⁷¹, de quienes con agilidad precautoria se habían puesto en cobro ante el descalabro del sistema y, en fin, de quienes sucumbieron a los rencores de Fernando VII, siendo, con toda obviedad, los apremiados por el poder público los únicos en verdad sujetos a extrañamiento, legislativo, gubernamental o judicial (consigna Opisso *los millares de sentencias de destierro pronunciadas por las Comisiones militares, las Juntas de fe y los tribunales ordinarios*⁴⁷²); esta política represora, auténtica *caza de liberales*⁴⁷³, se deshizo ya con reiteración de intelectuales sin cuento, pero no sólo de ese ápice donde tanto relumbran las figuras con nombre en la historia o la literatura⁴⁷⁴... Otra vez la variedad de situaciones se revela notoria en no pocos afectados⁴⁷⁵ y, acaso, determinante de su decisión de afincarse ya lejos de España o intentar el regreso; Garrido y Tortosa computa más de una decena de millares de repatriados en el reflujó que, desde 1832, se aprovechará de la incapacitación y agonía del infausto monarca⁴⁷⁶, aunque el retorno había comen-

469 VILAR, *La España...*, pp. 140-141.

470 V. gr., léase a José MOR DE FUENTES, *Bosquejillo de su vida*, pp. 61, 67; o a Fernando FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, *Mis memorias íntimas*, t. II, p. 352.

471 Véase VILAR, *La España...*, p. 141.

472 OPISSO, *Historia...*, t. XXII, p. 20.

473 Váyase a FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 115; MARAÑÓN, *Españoles...*, pp. 52-53; Vicente LLORENS, *Liberales y románticos: una emigración española en Inglaterra (1823-1834)*, pp. 16-24; o Mariano PESET REIG/José Luis PESET REIG, "Legislación contra liberales en los comienzos de la década absolutista (1823-1825)", *AHDE* 37 (1967), pp. 437-481.

474 Léase al nada correligionario BALMES, *Consideraciones...*, p. 86; y consúltese GÓMEZ DE MAYA, *Las penas...*, pp. 484-485.

475 VILAR, *La España...*, p. 145.

476 GARRIDO Y TORTOSA, *La España...*, p. 49. atiéndase a la "Real cédula en que se inserta el decreto de amnistía mas general y completa de cuantas han dispensado los

zado ya en 1824⁴⁷⁷: en la florida elocuencia del general Palafox, “[...] salieron de sus sepulcros políticos todas las virtudes [...]; los expatriados, llenos de la más inocente gratitud, y olvidando, en ese instante mismo, sus resentimientos, se apresuraron a volver a sus hogares”⁴⁷⁸.

Tan frenético primer tercio del siglo habla bien a las claras de lo que el extrañamiento principalmente va a ser en el XIX español: emigraciones liberales⁴⁷⁹, carlistas⁴⁸⁰, cantonalistas⁴⁸¹, regio-dinásticas⁴⁸², republicanas⁴⁸³, anarquistas⁴⁸⁴... No hay para qué entrar aquí siquiera en su esbozo: baste el de la pugna realista-liberal que acaba de trazarse como cifra de lo que iba a ser la centuria. Vilar subraya la complicación activa o pasiva en el exilio de

reyes á los perseguidos como reos de Estado”, de 20 de octubre de 1832, en *CLRDO* 1 preliminar, pp. 6-7, más la “Real orden comunicada al Consejo Real con varias aclaraciones concernientes al real decreto de amnistía”, de 30 de octubre de 1832, *ibidem*, pp. 7-8.

477 VILAR, *La España...*, pp. 146, 152-153.

478 José PALAFOX, *Autobiografía*, p. 136.

479 Véase SOLDEVILA ORIA, *El exilio...*, p. 29-32.

480 Véanse MARAÑÓN, *Españoles...*, pp. 55-56; VILAR, *La España...*, pp. 197-227, 277-291.

481 Véase VILAR, *La España...*, pp. 269-277, 303-306.

482 No puede decirse que Fernando VII fuera extrañado del país, aquello fue otra cosa, aunque sí pueda hablarse de su exilio (un exilio *dorado*, por cierto, el de Valençay). Otra cosa son los que vendrían después: el de su hermano el autotitulado Carlos V, el de su hija la reina Isabel, el de Alfonso XIII... Sobre el pretendiente Carlos, véase VILAR, *La España...*, p. 200). La siguiente secuencia viene documentada por la “Circular, suspendiendo el pago de la pension señalada á la Reina Madre, disponiendo la detencion de todos sus bienes, y que salga del Reino acompañada de su familia”, de 27 de agosto de 1854, en *CLE* 62, disp. 546, pp. 357-358, art. 3^o, que extraña a María Cristina de Borbón *en beneficio* de Espartero. De Isabel II, *escapada* de la *Septembrina*, nos habla su hija Eulalia de BORBÓN, *Memorias de doña Eulalia de Borbón, infanta de España*, p. 20. El siguiente soberano *huido*, Alfonso XIII, sin duda devino extrañado a resultas de la histórica *Sentencia de responsabilidades*, de 24 de noviembre de 1931, que lo condenó a una particular y arcaizante pena de *privación de la paz por delito de alta traición* (véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 1-7, 16), cuyo clímax parlamentario puede seguirse en la versión de Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *Memorias*, pp. 178-180, o en la del Conde de ROMANONES, *Notas de una vida*, pp. 525-543. Por último, recordemos la expulsión por Franco de la familia Borbón-Parma a últimos del año 1968 (cfr. nota V/528).

483 Véase VILAR, *La España...*, pp. 299-307, pero también los comentarios de Romero Robledo sobre el caso de Ruiz Zorrilla en *DSCCD* 1876-1877, t. V, ses. 8-VII-1876, p. 2848.

484 Véase VILAR, *La España...*, pp. 307-311.

todo el “[...] espectro político español en los años que precedieron a 1868, y que determina las migraciones del momento, estimuladas por los fracasos de sucesivos y mal coordinados golpes de fuerza para derribar el sistema y por la cada vez más dura y generalizada represión desencadenada por los últimos gobiernos isabelinos” contra progresistas, demócratas y hasta unionistas⁴⁸⁵. De este vasto contingente, la mayoría de trasladados lo fueron a propio impulso, huidos ante la descarga de represalias que les sobrevinía, pero muchos salieron de la patria movidos por ese mismo desquite que el rival político se tomaba a favor de las fluctuaciones en el ejercicio de un poder nunca consolidado. Pero, sin ínfulas de minuciosidad, en mi idea de servirme tan sólo de determinadas noticias en torno al exilio español, aquellas que me parecen más significativas a la hora de bosquejar una imagen de este otro extrañamiento que corre en paralelo al jurídico-criminal, quiero demorar la salida del germinal primer tercio de la centuria, que acaso contenga ya en sí todo lo que va a ser no más que un *suma y sigue* de expatriaciones. Presentado el Proyecto de Código Penal ante las Cortes liberales, expone el diputado Nicolás María Garelli que “[...] ha dejado la comision como vigente la ocupacion de temporalidades y extrañamiento de los altos ministros del culto por vías gubernativas, para cortar de raiz los grandes extravíos que, so color de religion, pudieran comprometer el Estado”⁴⁸⁶. Era al tratar *de los que resisten ó impiden la ejecucion de las leyes, actos de justicia ó providencias de la autoridad pública, ó provocan á desobedecerlas, y de los que impugnan las legítimas facultades del gobierno*, cuando el Proyecto de 1821 introducía a la discusión parlamentaria el siguiente precepto:

Sin embargo de cuanto queda prevenido en este capítulo y en los anteriores, podrá el Rey, como ha podido legalmente antes de la promulgación de este Código, usar gubernativamente de la facultad de extrañar del Reino para siempre y ocupar las temporalidades á todo eclesiástico secular ó regular, de cualquiera clase y dignidad, que rehusé conocer la legítima y suprema autoridad del Gobierno, ú obedecer las disposiciones y providencias de éste, ó conformarse con las leyes de la Monarquía⁴⁸⁷.

Fue éste uno de los contados artículos de la parte especial del Código del Trienio examinados con algún acaloramiento⁴⁸⁸. Martínez de la Rosa,

485 VILAR, *La España...*, p. 256.

486 DSC 1821-1822, t. II, n^o 90, ses. 23-XII-1821, p. 1421.

487 Art. 330 PCP 1821.

488 LASSO GAITE, *Codificación penal...*, v. I, p. 118.

quien conoció en los dos retornos de Fernando VII el presidio y el exilio⁴⁸⁹, levantó la bandera de su impugnación y lo hizo con base en la injusticia e inconstitucionalidad de que adolece esta provisión. En su dictamen, “si la Constitución prohíbe al Rey imponer una pena, claro es que las Cortes mismas, aun cuando lo creyesen útil, no pudieran darle esta facultad”, pues “me parece que de nada puede servir usar de sutilezas escolásticas para probar que esta no es una pena, y pena gravísima, puesto que al eclesiástico que se le arroja del Reino no se le deja más que la existencia natural y física, y aun esta en el abandono y desamparo, miserable y proscrito en un país extraño”⁴⁹⁰; en

489 Véase Luis de Sosa, *Martínez de la Rosa, político y poeta*, pp. 63, 134, 140.

490 *DSC* 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1842. La confutación de Martínez de la Rosa desgrana una serie de artículos constitucionales que encuentra conculcados por éste del Proyecto penal: el 172.11^a sobre todos (“entre las restricciones puestas por la Constitución á la autoridad Real hallo la [...] de no poder imponer por sí pena alguna” –*ibidem*–), el 24 (“es así que al eclesiástico á quien se le imponga el extrañamiento perpétuo se le priva de los derechos de ciudadano por ‘una causa diferente’ de las que señala la Constitución” –*ibidem*–), el 242 y el 243 (“[...] ha reservado á los tribunales el derecho de aplicar las leyes y ha prohibido al Rey el uso de esta facultad” –*ibidem*, p. 1843–), el 244 (“tan escrupulosa ha sido en este punto la Constitución, que ha prohibido al Rey y á las Cortes el poder dispensar ninguna de las formalidades del proceso” –*ibidem*–), el 247 (“la Constitución [...] ha querido que los ciudadanos solo puedan ser juzgados por tribunales permanentes, que ofrezcan las garantías precisas de imparcialidad [...]: si la Constitución ha prohibido que pueda imponerse pena alguna á ningun español por una comision, ¿qué más comision que dejar la imposicion de la pena al arbitrio del Ministerio?” –*ibidem*–), del 15 al 17 con el contrapeso de poderes (“todos los poderes del Estado tienen un cierto freno que los contenga respectivamente para que no puedan traspasar sus límites; [...] pero esta arma, que se va á poner en manos del Gobierno, no sujeta á los Ministros que la manejen á ningun género de responsabilidad” –*ibidem*–), el 248 (“las Cortes han quitado el fuero eclesiástico, han quitado la verdadera ‘excepcion’ que habia: luego ha cesado por este mero hecho la necesidad de esta arma defensiva: porque solo bajo este concepto pudiera tolerarse la facultad gubernativa” –*ibidem*–). En cambio, cree el que había de ser avanzado autor de *La conjuración de Venecia* que el art. 186 PCP 1821 (derivado a 183 CP 1822: “los eclesiásticos que cometan alguna de las culpas ó delitos comprendidos en este Código, y en los sobredichos reglamentos y ordenanzas particulares, serán siempre juzgados como los legos por los jueces y tribunales civiles”) debiera ser el aplicable, como suficiente, ante los supuestos contra los que se apronta el 330 en cuestión (*ibidem*, p. 1844). En cierto momento, aludiéndose al extrañamiento del obispo de Tarazona, Antonio Puigblanch reprocha a Martínez de la Rosa haber propuesto en su día tal medida cuando ahora se muestra tan beligerantemente refractario a la consignación codificada (*ibidem*, nº 114, ses. 17-I-1822, p. 1866).

cuanto a lo injusto de la cláusula, ve que, una vez desaforado el estamento clerical, “se trata de establecer en un Código, y de una manera permanente, ‘un ley de excepcion’, que comprende á toda una clase de las más respetables de la sociedad, ó por mejor decir, no se trata de establecer una ‘ley de excepcion’, sino de poner á una clase entera de ciudadanos ‘fuera de la protección de la ley’⁴⁹¹. Fue secundado por otros diputados, como González Allende, quien abunda en la misma argumentación de inconstitucionalidad por el irregular trasvase competencial que implica un poder ejecutivo juzgando e imponiendo lo que tiene todas las trazas de ser pena: “[...] calificar una accion de buena ó de mala, formar juicio de que uno es desobediente para en seguida extrañarle del Reino, me parece que es juzgar y juzgar gubernativamente, es decir, sin observar las fórmulas ni solemnidades de un proceso, que es otro mal”⁴⁹²—decía—. Calatrava, más preocupado por defender la constitucionalidad del artículo que su necesidad⁴⁹³, también desenvuelve su alegato en un doble pla-

491 DSC 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1842.

492 DSC 1821-1822, t. III, nº 114, ses. 17-I-1822, p. 1855.

493 Aunque no deja de pedir, desde el trasfondo del discurso, el mantenimiento a disposición del rey o gobierno de esta arma administrativa como garantía de la seguridad interna al país: “para la conservacion del órden público en lo interior conduce mucho el uso de esta facultad, y por esta razon la prescriben las leyes y es tan antiguo su ejercicio; porque no de otro modo se puede á veces asegurar la tranquilidad del Estado, ni impedir que los eclesiásticos abusen de la independencia que tienen hasta cierto punto. Apelo á nuestra experiencia propia, por no usar otras pruebas” (DSC 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1847). Quien más esforzó este razonamiento fue Antonio Cano Manuel, diputado por la provincia de Murcia, mirando asimismo la medida como “[...] garantía á los ciudadanos españoles contra la fuerza de la autoridad eclesiástica” (*ibidem*, nº 114, ses. 17-I-1822, p. 1860), pero aportando nuevo argumento en consideración de que “cuando un Prelado ó juez eclesiástico se niega á ejecutar una órden de la potestad civil diciendo que no reconocen la autoridad, es un juicio que forman y una tácita confesion de que no quieren permanecer en la sociedad, y se expatrian, y el Poder ejecutivo no hace sino autorizar aquella confesion, y decretar solemnemente la separacion de la misma sociedad, dejando en ella las temporalidades que le pertenecen” (*ibidem*, p. 1860). También el discurso del sevillano Manuel López Cepero, clérigo por más señas, discurrió por el mismo carril: pareciéndole “[...] absolutamente imposible que en todos los casos pueda la potestad civil, usando de los medios legales, impedir que los eclesiásticos abusen de este poder espiritual y de esta jurisdiccion” (*ibidem*, p. 1864), “yo la miro como una medida dictada por la necesidad, de que se ha usado muy poco, y con un número tan corto de personas como es el de los Prelados eclesiásticos, á quienes únicamente debe comprender; pero si es verdad, como lo es, que estas personas tienen una excepcion para ponerse alguna vez fuera del alcance de las leyes civiles, no veo injusticia en que estas toleren, por el bien general del

no: por una parte, el de la índole no penal de tal medida o facultad en manos del poder ejecutivo, ya que “[...] el extrañamiento que puede imponer el Rey no es el declarado como pena en el Código, ni como pena se impone, ni es pena hablando legalmente”⁴⁹⁴; por otra, el del arraigo y vigencia de la regalía⁴⁹⁵. Respecto a esto último, “las mismas Córtes Constituyentes acordaron el extrañamiento del Obispo de Orense: la Regencia tomó por sí igual medida con otros Prelados; y en estas Córtes actuales, no solo hemos visto al gobier-

Estado, que haya alguna especie de excepcion con los que tienen medios de subvertirlo, y pueden valerse de subterfugios para no quedar responsables de su conducta” (*ibidem*, p. 1863), y en última instancia, “reprobado este artículo, la Nacion tendrá que sufrir los Prelados que acomoden á Roma, aunque sean enemigos de la Pátria; y Roma tendrá el derecho de excluir del obispado á los que á ella no le acomoden, aunque sean buenos y santos y muy convenientes á nosotros” (*ibidem*, p. 1864).

494 *DSC 1821-1822*, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1846. Una y otra vez reitera que “[...] este acto en España, y segun nuestro idioma legal, no se considera ni se ha considerado nunca como imposicion de pena, sino como un medio natural de defensa, indispensable en ciertos casos, y como un derecho que tiene toda nacion para excluir de su seno, aunque sin imponer castigo, al que no quiera reconocer sus leyes ó conformarse con ellas” (*ibidem*, pp. 1841-1842); “[...] porque yo creo que nadie podrá sostener que nunca en España, aun antes de la época actual, se haya considerado esto legalmente como una pena, ni como tal se haya reconocido en el Rey facultad legítima de imponerla gubernativamente. Es, repito, no un castigo, sino un medio de defensa y conservacion propio del Gobierno supremo; y no hay aquí sutilezas, sino un principio inconcuso en nuestras leyes y entre los juristas españoles. / Ni se diga tampoco que es cosa privativa del poder judicial, porque no son ni nunca se han considerado judiciales estos actos, sino gubernativos y propios de la suprema potestad económica [...]. No ha inventado la comision estas doctrinas; el Congreso conoce que son corrientes en España, y mucho más antiguas que nosotros” (*ibidem*, pp. 1845-1846); “en vano se quiere ahora darle el nombre ó el carácter legal de pena; y por más que se empeñe el Sr. Martínez de la Rosa, ni lo es, ni lo ha sido jamás en España, porque las leyes no la tienen por tal, ni como tal la ha impuesto nunca el Gobierno, ni nunca se ha mirado entre nosotros como imposicion de pena el ejercicio de esta regalía” (*ibidem*, p. 1846);

495 “Aquí no se trata de de establecer ninguna cosa nueva, ni de dar al gobierno una facultad que hasta ahora no haya tenido, sino de conservarle la que en el día tiene, la que constantemente ha estado ejerciendo cuando se ha ofrecido, y la que todos le reconocen, incluso las Córtes mismas, aun despues de la Constitucion” (*DSC 1821-1822*, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1841). Otrosí, “las Córtes saben que hasta ahora se ha usado legalmente de esta regalía ó facultad en muchos más casos que los que comprende el artículo, sin que por eso pueda decirse que se ha ejercido arbitrariamente; pero la comision para lo sucesivo la reduce á solo los tres casos expresos” (*ibidem*, p. 1845).

no ejercer gubernativamente igual facultad, sino que el Congreso mismo le ha excitado más ó menos directamente á ello⁴⁹⁶ (un testimonio de la época, la autobiografía de Juan Antonio Llorente, el *afrancesado* historiador de la Inquisición, da concorde noticia “[...] de un decreto de las Cortes generales extraordinarias de Cádiz, dado el 15 de agosto, y mandado ejecutar por la Regencia en 17 del mismo, cuyo tenor impuso al obispo [de Orense, don Pedro Quevedo] la nota de *indigno del nombre español*, le extrañó del reino, y le privó de todos los honores y derechos civiles, a causa de ciertas restricciones que había indicado el obispo al tiempo de jurar la *Constitución política del reino* promulgada por las citadas Cortes⁴⁹⁷); el propio portavoz de la comisión redactora sigue ejemplificando con los casos del arzobispo de Valencia y del obispo de Orihuela⁴⁹⁸. Este argumento del uso antiguo y amplio, tan recalcado por Calatrava, poca fuerza hacía en el liberal y romántico Martínez de la Rosa: contra el parecer de aquél (“considero que el citar actos positivos de las Córtes actuales, y aun de las Constituyentes, a favor del artículo, es dar una prueba la más convincente de que no se opone á la Constitucion⁴⁹⁹), no cabe decir que la carta magna resulte equívoca en este punto, mas, en cambio, la fórmula “[...] que la comision presenta no es en manera alguna compatible con los preceptos y garantías dadas en la Constitucion; y no siéndolo, aunque se expusieran mil ejemplos de Córtes extraordinarias y de Córtes ordinarias que lo hubieran aprobado, de nada valdrian los hechos, que serian otros tantos abusos, si habian sido contrarios á la ley fundamental del Estado⁵⁰⁰).

Anudando el desenlace de la incidencia parlamentaria, la comisión, en vista de que el artículo le había sido devuelto⁵⁰¹, se decidió a retirarlo del Código, *por no necesario en él*⁵⁰² y la *regalía* discurrió por esta otra vía acaso

496 DSC 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1842. En otros momentos sale a relucir el extrañamiento del obispo de Tarazona (*ibidem*, nº 114, ses. 17-I-1822, p. 1866).

497 Juan Antonio LLORENTE, *Noticia biográfica (autobiografía)*, p. 121; intégrese con GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, p. 53.

498 DSC 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1846.

499 DSC 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1845.

500 DSC 1821-1822, t. III, nº 113, ses. 16-I-1822, p. 1842.

501 DSC 1821-1822, t. III, nº 114, ses. 17-I-1822, pp. 1867-1868. Algún parlamentario, cual Cepero, aun comulgando con su contenido (cfr. nota V/493), creyó “[...] que convendría que el artículo volviera á la comision para que le redactara con menos generalidad, ó más bien para que se omitiera en el Código penal, que es lo que yo juzgo debe hacerse” (*ibidem*, p. 1865).

502 DSC 1821-1822, t. III, nº 128, ses. 31-I-1822, p. 2078.

menos estridente que la genérica y permanente consagración en el corpus codificado. Mas, con generalidad, ya en vísperas de promulgarse el texto penal codificado, mediante una Orden de las Cortes de 6 de mayo de 1822 “se autoriza al Gobierno para extrañar del Reino y ocupar las temporalidades de los RR. Obispos cuando estos se desvien de los deberes de su ministerio”⁵⁰³; la Orden de las Cortes al Gobierno se remite al plano administrativo-policial (*usando del lleno de sus facultades o con arreglo á sus atribuciones*), no auxiliar de la jurisdicción criminal en la ejecución penal, por eso incorpora la expresión *medida de extrañamiento y ocupación de temporalidades*⁵⁰⁴, esencialmente diversa del extrañamiento punitivo, pese a la aparente similitud y hasta coincidencia en sus efectos más inmediatos o notorios. Decía Lardizábal que “la facultad de imponer esta pena, además de ser un derecho inmanente

503 Orden de 6 de mayo de 1822, en *CDOGC* 9, pp. 120-121. De la sustantividad en la regalía da fe la persistencia de su uso durante el largo tramo que el ordenamiento penal hispano había de recorrer aún sin Código rector: ojeese, por ejemplo, el “Real decreto declarando al reverendo obispo de Leon estrañado para siempre de estos reinos”, de 17 de febrero de 1834, en *CLRDO* 1 preliminar, p. 271, art. 1º; la Real Orden “declarando S. M. estrañado de estos reinos, y privado de todos sus honores, consideraciones y haberes al R. obispo de Tortosa don Victor Damian Saez”, de 24 de mayo de 1837, en *CLRDO* 2, pp. 246-247; “Otra, haciendo igual declaracion respecto del M. R. arzobispo de Tarragona don Fernando Echanove”, de aquella misma fecha, *ibidem*, p. 247; “Decreto de la regencia mandando cerrar la nunciatura y el tribunal de la Rota, y estrañando de estos reinos al vicegerente don José Ramirez de Arellano con lo demas que se espresa”, de 29 de diciembre de 1840, en *CLRDO* 8, p. 579, art. 6º; decreto “Estrañando del reino á D. Severo Andriani, obispo de Pamplona”, de 24 de abril de 1841, en *CLPS* 2, pp. 202-203; etcétera (véase el alzamiento de medidas, “Relevando del confinamiento al Excmo. Sr. Obispo de Canarias”, en *CLDDC* 32, pp. 191-192). Después, no desaparece, sino que se recicla como norma penal que accede al Código, subsumiéndose estos supuestos en los delitos contra la seguridad del Estado, entre los que se prevén tipos específicos con sujeto activo eclesiástico (v. gr., art. 145, párr. 2º, CP 1848). Con generalidad, “cualquiera prelado diocesano, sea de la gerarquía que quiera, que confiera órdenes mayores á un español ó extranjero domiciliado en España, ó espida dimisorias para que pueda recibirlas de otro prelado nacional ó extranjero, será estrañado de estos reinos, y se le ocuparán las temporalidades”, y “se confia al celo de los regentes y audiencias de los jueces de primera instancia, gefes políticos, diputaciones provinciales y de los ayuntamientos del reino el estar á la vista de las infracciones que se cometan en esta parte, como de las que se hubieren cometido hasta el presente, para ponerlas en conocimiento de mi gobierno” (“Real decreto imponiendo penas á los prelados diocesanos que confieran órdenes mayores, ó den para ello dimisorias contra lo mandado”, de 8 de octubre de 1836, en *CLRDO* 1, p. 17, arts. 1º y 3º)

504 Orden de 6 de mayo de 1822, p. 121.

de la Majestad, y una de las más principales prerrogativas de la Soberanía, es sumamente importante para contener a los eclesiásticos díscolos, que por sus privilegios y exenciones tenían cierta independendencia, que sin este recurso sería sumamente perjudicial a la república”⁵⁰⁵. Escriche copia el párrafo y le adiciona de su cosecha una duda que se le ocurre: “mas ¿podrá continuarse ahora la imposición de esta pena en la misma forma que antes?”⁵⁰⁶; copiando por respuesta ciertos preceptos de la Constitución de 1837 y del Reglamento Provisional de 1835 para la Administración de Justicia:

No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningun español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban⁵⁰⁷.

Ningun español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que estas prescriban⁵⁰⁸.

A nadie puede imponerse pena alguna sin que antes sea oído y juzgado con arreglo a derecho por el juez o tribunal que la ley tenga establecido⁵⁰⁹.

Parece que, en buena doctrina, la norma fundamental del ordenamiento había de preponderar y debía tenerse por proscrito cualquier extrañamiento de procedencia gubernamental, conforme lo entienden Goyena y Aguirre: “los delitos porque se imponía comúnmente eran los políticos. Por lo regular se aplicaba por la vía gubernativa; mas después de publicada la Constitución de 1837 [...], y después del reglamento de 26 de setiembre de 1835, se creía abolida implícitamente esta práctica”⁵¹⁰. Se creía –y Escriche lo estaba planteando en su primera hora–, pero bien les constaba a los dos continuadores del *Febrero* que no había sido así: ha comenzado el goteo de liberales también por la persecución de partido⁵¹¹. Uno de los casos tempranos fue el

505 LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 251.

506 ESCRICHE, *Diccionario...*, t. II, p. 557.

507 Art. 7º CPME 1837 (reproducido con el mismo ordinal por CME 1845).

508 Art. 9º CPME 1837 (mantiene contenido y numeración en CME 1845). El art. 31 CME 1869, regula la suspensión de garantías en pro de la seguridad del Estado “por medio de una ley” y de acuerdo con “la ley de orden público establecida de antemano”, “pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del reino, ni deportar á los españoles, ni para desterrarlos á distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio”.

509 RPAJ 1835, art. 12.

510 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 146.

511 SOLDEVILA ORIA, *El exilio...*, p. 29. No sólo ni siempre la intervención guber-

del tantas veces por mí citado Joaquín Francisco Pacheco, cuyo *destierro político* ha recibido la atención de Tomás y Valiente⁵¹². Saltando sobre un largo período de idas y venidas de expulsos o huidos, dentro de este exilio liberal, “[...] se calcula entre 2000 y 4000 los españoles refugiados o desterrados en Europa entre 1866 y 1868”: militares de carrera, políticos, escritores y, por descontado, una inmensa mayoría sin fama que los pregone⁵¹³; testimonio de esta sangría se nos ofrece, verbigracia, en las memorias del general Fernández de Córdova, con un confinamiento gubernativo –gabinete de González Bravo–, luego trocado *por una especie de extrañamiento en Francia, en iguales condiciones que las impuestas a otros hombres políticos y militares*⁵¹⁴, del que sólo podrá regresar tras el grito de Prim y la acción del puente de Alcolea. Bajo el nuevo régimen, por mucho que la Constitución de 1869, además de la garantía de legalidad jurisdiccional ya presente en sus predecesoras⁵¹⁵ o la prohibición de separación domiciliaria alegalmente impuesta⁵¹⁶, pretendiera quitar al gobierno el poder de extrañar, excluyendo incluso su habilitación por ley⁵¹⁷, el poder ejecutivo continuó sirviéndose de esta arma de defensa y escarmiento, sobre todo contra cantonalistas, internacionalistas y carlistas, si bien con muy marcada preferencia por el mecanismo deportatorio⁵¹⁸. Las garantías y formalidades que exige el enjuiciamiento criminal no hacen sino romper todo vínculo entre sus deportaciones o extrañaciones y las no judiciales, que más tienen por sujeto activo al Gobierno que a la Administración –conceptos y entidades con frecuencia coincidentes, pero no identificables– y que en cualquier caso se desenvuelven fuera de toda cobertura normativa por este ramo del ordenamiento, el administrativo, con cuya defensa pretenden justificarse⁵¹⁹. Sin embargo, se advierte un cierto intento de guardar las for-

nativa en el extrañamiento de nacionales respondió a consideraciones políticas, aunque fuese esto lo más común: así, VILAR, *La España...*, pp. 251-253, resalta también la disidencia religiosa, con un caso de 1863 (véase el art. 11 CME 1845; sólo la *revolucionaria* CME 1869 admitirá, en su art. 21, la libertad en esta materia).

512 TOMÁS Y VALIENTE, “Joaquín Francisco Pacheco y la codificación penal”, *Códigos...*, p. 43.

513 Véase SOLDEVILA ORIA, *El exilio...*, pp. 30-31.

514 FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, *Mis memorias...*, t. II, p. 352.

515 Arts. 9º CPME 1837 y CME 1845 ; y 11 CME 1869, 16 CME 1876.

516 Consúltense los arts. 7º CPME 1837 y CME 1845; y 9º CME 1976.

517 CME 1869, arts. 6º y 31, párt. 3º.

518 Véase VILAR, *La España...*, pp. 272-291.

519 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 22.

mas y canalizar las suspensiones de garantías a través de previsiones de la propia norma fundamental y de concreciones legales en especial; así, la Ley de Orden Público de 1867 prevé la suspensión de la libertad ambulatoria *ipso facto* desde la declaración del estado de guerra. Enseguida, el Código de 1870 incorporaba el siguiente precepto:

El funcionario público que deportare ó extrañare del reino á un ciudadano, á no ser en virtud de sentencia firme, será castigado con la pena de confinamiento mayor y multa [...] ⁵²⁰.

Pero cabe una salvedad: el único supuesto lícito de extrañamiento gubernativo es aquel en el cual la autoridad para imponerlo y ejecutarlo procede de ley, lo que desafortunadamente no siempre fue cumplido. Ya nos surgían muestras de este tipo de habilitaciones en el Cádiz protoconstitucional y siguen apareciendo, como la antecitada ley de 2 de septiembre de 1896, para la represión del anarquismo, de carácter antes preventivo que punitivo ⁵²¹, como habilitador de medidas de seguridad para peligrosos o meramente sospechosos...; con su habilitación el gobierno:

También podrá hacer salir del Reino á las personas que de palabra, por escrito, por la imprenta, gravado ú otro medio de publicidad propaguen ideas anarquistas ó formen parte de las Asociaciones comprendidas en el artículo 8º de la ley de 10 de Julio de 1894.

Si el extrañado en esta forma volviese á la Península será sometido á los Tribunales y castigado por haber quebrantado el extrañamiento con la pena de relegación á una colonia lejana por el tiempo que los Tribunales fijen en cada caso, pero que nunca podrá ser menos de tres años, quedando allí sujeto al régimen disciplinario que, según la conducta que observe, consideren indispensable las Autoridades militares.

Los acuerdos á que se refieren los párrafos anteriores se adoptarán en Consejo de Ministros y previo informe de la Junta de Autoridades de la capital de la respectiva provincia ⁵²².

⁵²⁰ Art. 222 CP 1870. Véase GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], p. 238.

⁵²¹ SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 227.

⁵²² Ley de 2 de septiembre de 1896 cit., art. 4º, ley prorrogada a los tres años por Real Decreto de 6 de Septiembre de 1899 (HUGUET CAMPAÑA, *El abogado...*, t. V, p. 280) y de cuyo desenvolvimiento se ocupa Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Anarquismo”, en *EJE*, t. II, p. 747. De proyectos subsiguientes para revivificar la represión antianarquista dan cumplida cuenta DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 761, o SALDAÑA, “Adiciones”, t. II, pp. 250, 257-259. Respecto a la norma aludida en el artículo, se trata de la “Ley estableciendo una penalidad especial y el procedimiento que ha de seguirse para aplicarla en los

Lo prescrito en el artículo anterior sólo se aplicará con relación la territorio ó territorios que el Gobierno, por decreto acordado en Consejo de Ministros, señale⁵²³.

Pero esta ley antianarquista consagra un cierto avance que va a mantenerse en lo sucesivo: la actuación extrañatoria del gobierno siempre a cubierto mediante ley especial habilitadora, aunque ésta, en cada caso, no deje de encubrir mayores o menores demasías político-jurídicas; de hecho, a vueltas de nuevo con el efecto de las *culebras de cascabel*, “[...] la expulsión sumaria de este nutrido grupo de anarquistas por parte de las autoridades motivó graves roces diplomáticos con los gobiernos francés e inglés”; y, con todo y con eso, “a inicios de 1900, los implicados en los procesos por terrorismo vieron conmutadas sus penas de cárcel por la de extrañamiento perpetuo o temporal”⁵²⁴.

El Proyecto de Código de 1927, que, como la ley penal a que dio lugar, sacara el extrañamiento de su escala punitiva, luego, a la hora de defender los derechos constitucionales, sustituyó, con locución buscada de propósito para no propasarse de sus medios, la proscripción del extrañamiento no judicial por otra de la expulsión del Reino impuesta a personas en general, ya tanto judicial como administrativamente, las cuales personas habría que entender extranjeras, pues más amplia lectura llevaría al reconocimiento de una hipotética *expulsión del Reino en virtud de sentencia firme* practicable sobre nacionales, cuando el articulado penal no habilitaba tal castigo⁵²⁵. Al fin, no hubo tácita aceptación legal de esta eventualidad u opción barajable por la autoridad judicial, mas ello no como resultado de reflexiones en pro del decoro retórico o la congruencia, sino porque el corpus definitivo difirió el resguardo penal de los derechos constitucionales a ley especial⁵²⁶. La facultad quedó retenida por el gobierno como vía de hecho, pero éste, dado a tropelías jurídicas de todo tipo por medio de turbulentas suspensiones de garantías, prefirió servirse de inciertos confinamientos que sumían al así castigado en la

casos de atentado contra las personas ó daño en las cosas por medio de aparatos ó sustancias explosivas”, de 10 de julio de 1894, en *CLEAC* 155, disp. 50, pp. 301-305.

523 Ley de 2 de septiembre de 1896, art. 5º.

524 GONZÁLEZ CALLEJA, “La emigración...”, pp. 485-486.

525 Art. 365 PCP 1927: “El funcionario público que deportare ó expulsare del Reino a una persona, a no ser en virtud de sentencia firme o de resolución gubernativa adoptada con arreglo a las leyes, será castigado con la pena de confinamiento de seis meses a ocho años y multa [...]”.

526 Art. 269 CP 1928.

inseguridad y desprotección jurídicas más completas, en tanto que le mantenía a merced de la autoridad. Con parecidos cálculos, si la Ley de Defensa de la República autorizaba a confinar o extrañar gubernativamente a los autores materiales o inductores de los actos de agresión a la República por ella misma definidos⁵²⁷, en la práctica se echó mano del confinamiento con preferencia a medida menos asegurativa del ciudadano displicente (y baste por ahora este apunte, a la espera de una mayor detención en dicha norma excepcional cuando se estudie el confinamiento, que fue, como digo, la traza dilecta, de las dos ofrecidas, que el Gobierno republicano tuvo de restringir la libertad circulatoria). Pareciendo una trayectoria definida ésta de desuso progresivo del extrañamiento en beneficio del confinamiento, la dictadura del general Franco, que también frecuentó el recurso confinatorio, no acabó por arrumbar el extrañamiento parajudicial: lo veremos ofrecer como alternativa, bajo cobertura de ley especial de supresión de garantías, a los implicados en el tan traído y llevado *contubernio de Munich* o, por diversificar con otro paradigma, el de las expatriaciones regias, considérese cómo se expulsó del país al linaje de los Borbón-Parma en los últimos días de 1968⁵²⁸. Sólo con la llegada de la democracia a la muerte del dictador desapareció el extrañamiento como amenaza en manos del gobierno, máxime cuando, andando el tiempo, dejó de pertenecer a la escala general de penas en la de 1995: en todos los campos queda ya como institución anclada a otras épocas.

527 “Ley de defensa de la República y declarando actos de agresión a la misma los que se mencionan”, de 21 de octubre de 1931 (rect. 28-X-1931), en *CLEAC* 126, disp. 1846, pp. 473-475, art. 2º (los actos de agresión, en su art. 1º).

528 Véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 322.

VI LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

1. Introducción

Restricción de la libertad, aunque lo restringido resulte ser tan sólo un país ajeno¹, es la expulsión de extranjeros, en cierto modo, como un ramal del extrañamiento, aquí apartado a los efectos expositivos en consideración: la carga aflictiva que una y otro hacen recaer sobre el reo, el diverso tratamiento legal, sus heterogéneas consecuencias tras la patente similitud... así lo aconsejan. A simple vista, aun haciendo abstracción del sujeto pasivo, poco cuesta detectar sus desemejanzas en lo cuantitativo –la intensidad aflictiva–, pero es que incluso existen en lo cualitativo –la índole de cada aflicción–. Ahora bien, reo o sujeto pasivo de la pena de extrañamiento lo pueden ser el nacional y el extranjero, es decir todo aquel que cometa cualesquiera de los tipos así reprimidos y, en efecto, los tipos codificados traen sus penas sin matices de este orden²; esto es cierto, pero también lo es que político-criminalmente se trata de una pena pensada para el reo nacional en su fundamento, en sus fines y en su gravedad. Haciendo abstracción de una hipotizable integración al completo –pero sin negar la posibilidad– y de la magnitud de sus raíces e intereses económicos en el país, específicamente para el delincuente extranjero que ese pueblo de acogida quiere sacar de su espacio soberano existe la expulsión, cuyos principios y –usualmente– cuya repercusión subjetiva sobre el individuo son ya de otras calidades. De la misma manera que Jiménez de Asúa arranca de una consideración troncal de ambos medios punitivos³, Cuello Ca-

1 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 782.

2 Así lo expresa BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones...*, p. 34; y Juan Domingo de ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho penal español*, p. 132, no contentado con la simple expulsión, recomienda la extensión del extrañamiento, con su peculiar estatuto, a los extranjeros (véase SAINZ GUERRA, *La evolución...*, p. 329). Por lo demás, repárese, por ejemplo, en que no pocos de los jesuitas expulsos –en las varias tandas– de España eran de nacionalidad extranjera (italianos, sobre todo; también franceses, alemanes...).

3 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, pp. 1078-1079; al igual LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 89.

lón, aunque en alguna ocasión haya englobado la expulsión de extranjeros dentro de un genérico extrañamiento⁴, opta en su manual por darle la debida sustantividad, sin dejar por ello de notar, además de su pluriforme positivación comparada, la redundancia en problemas antes planteados por el extrañamiento: “es una pena o medida de ejecución fácil y económica pero supone un trato desigual no sólo porque se impone de modo exclusivo a extranjeros, sino también por que entre éstos sus efectos son muy diferentes según se trate de un extranjero desarraigado o de un extranjero ligado al país por lazos de familia o de intereses”⁵. La cuestión, como se ve, exhibe matices que van más allá de la *centrifugación de bárbaros intraliminales* –por asimilar la plástica terminología de Alonso del Real⁶– no integrados a satisfacción.

Por otra parte, dejando a un lado las especialidades subjetivas de los agentes diplomáticos, “el derecho de expulsión de los extranjeros está [...] consagrado por la ciencia del Derecho internacional moderno, como medida de policía que pueden acordar todos los Estados en caso necesario, sin que las personas expulsadas tengan la facultad de recurrir contra ella ante los Tribunales del país respectivo, ni la de intentar por este motivo reclamación alguna diplomática”⁷ –decía a principios del siglo pasado la *Enciclopedia Jurídica Española*–, con lo cual esta procedencia en la vía administrativa, no sujeta a la garantía jurisdiccional, marca al primer golpe de vista otra radical distinción⁸ (recuérdese que nuestros textos constitucionales históricos acostumbraron a asegurar –en choque con la realidad– los extrañamientos de la acción gubernamental, exclusivizando su imposición por los tribunales⁹). Considérese o no la expulsión de extranjeros un *derecho no renunciable por los Estados*, una *facultad de la soberanía que se ofrece como justo contrapeso de la situación innegablemente ventajosa y excepcional en que coloca al extranjero el Derecho público moderno*¹⁰, lo inequívoco es que aquí importa en cuanto

4 CUELLO, “Extrañamiento”, pp. 565-566; hasta *id.*, “Apéndice”, p. 84, parece abarcarla en la sujeción a la vigilancia de la policía, como *obligación de abandonar el territorio nacional*.

5 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, pp. 830-831.

6 CARLOS ALONSO DEL REAL, *Esperando a los bárbaros*, p. 109.

7 “Expulsión”, en *EJE*, t. XV, p. 522 (asimismo, ANICETO SELA, “Derecho de expulsión”, en *EJE*, t. XI, p. 69).

8 Váyase a CUELLO CALÓN, *Derecho...*, p. 831.

9 V. gr., arts. 6 y 31, párr. 3º, CME 1869; art. 9 CME 1876; arts. 31 y 42 *in fine* CRE 1931.

10 *EJE*, t. XV, p. 522, con invocación de Antonio Castro y Casaleiz y su folleto

consecuencia jurídica del delito aplicada en la esfera judicial. En la distinción de Jiménez de Asúa, “[...] así como el destierro de la patria es siempre una pena, la expulsión del extranjero puede encararse como simple *procedimiento administrativo* o como *medida de seguridad jurisdiccionalizada*”¹¹, binomio que olvida la posible virtualidad punitiva de la expulsión, de la que no carecemos de ejemplos en España: verbigracia, como pena la han calificado, albergada en sus respectivas escalas generales, el Proyecto de Saldaña en 1921 y el de 1939; por lo que hace al Derecho comparado, igualmente, adopta formas de medida policial, de pena o de medida de seguridad”¹², acaso amparada no más que por costumbre internacional, quizá por mero decreto¹³, con lo que puede presentarse –e históricamente se ha presentado– bajo estas distintas naturalezas: de imposición administrativa o de imposición judicial, ya punitiva, ya preventivo-defensista, con predominio de la primera ya desde su primera formulación teórica en Roma¹⁴ e implantación de la segunda a partir del último siglo, preferentemente como medida de seguridad eliminatória.

2. Recorrido histórico

Alguna vez se ha hablado de *la corta pero atormentada historia de la regulación de la expulsión de extranjeros en el Derecho penal español*¹⁵. Aunque quepa rastrear precedencias de alguna antigüedad en las recopilaciones del Antiguo Régimen (por ejemplo, una ley de 1703 sobre la *facultad de residir en estos Reynos los extrangeros católicos que tengan las calidades que se previenen; y expulsion de los que se hallaren sin ellas*¹⁶), es lo cierto que “acordadas, expedidas ó sancionadas las disposiciones concernientes á este ramo en épocas muy remotas y aun en períodos muy diversos del Gobierno de

El derecho de expulsión ante el Derecho internacional y la legislación española (1895). Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, pp. 1079, 1084-1085.

11 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, p. 1078.

12 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, p. 831; *id.*, “Apéndice”, p. 84.

13 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 227 (*ibidem*, t. II, pp. 199-200).

14 MOMMSEN, *El Derecho...*, t. I, pp. 79-80; CUELLO, “Extrañamiento”, p. 565.

15 José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, en aa. vv., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, p. 1559.

16 NRLR, VI.11.2 (“D. Felipe V, en Madrid por bando de 16 de Junio de 1703”).

la monarquía; esparcidas entre nuestros códigos, cédulas y reglamentos”¹⁷, las normas de extranjería suelen atender allá más a temas procesales, testamentarios, tributarios...

A] La expulsión gubernativa

Tratándose de un trabajo histórico-penal, parece que debería principiar el examen de la expulsión de extranjeros por su imposición judicial, pasando solamente al plano administrativo como complemento secundario, y así ha de ser efectivamente en cuanto al reconocimiento de interés y significación; sin embargo, teniendo esta medida no sólo el origen, sino su práctica por siglos, en los centros ejecutivos del poder, casi siempre sin cobertura normativa, no más que por atribución connatural a sus funciones, solapada a veces con el extrañamiento¹⁸, mejor parece atender en primer término a la concreción formal de estas facultades de seguridad y orden ya en el siglo de la Codificación, avisando –esto sí– de que antes tuvo plasmación escrita –bien que meramente proyectada– la pena que la medida administrativa¹⁹, admitida en principio e inmemorialmente *por costumbre internacional*²⁰. Con tales entendimientos y siempre con conciencia de su entidad disyunta, paso a contemplar esta forma de expulsión no judicial, bien que renunciando a una pesquisa exhaustiva de las variadas disposiciones que han autorizado o coonestado el uso de tales armas por el gobierno, no sólo por exceder del objeto jurídico-penal propuesto, sino porque ensayar una dogmática al respecto acaso tampoco fructificara en inducciones generalmente válidas; me limito, pues, a consignar selectas disposiciones representativas de los distintos subsectores de la acción gubernamental a los que les ha competido el expulsar extranjeros de alguna manera problemáticos o incómodos.

17 “Real decreto, clasificando y fijando la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes, sus derechos y obligaciones”, de 17 de noviembre de 1852, en *CLE* 57, disp. 926, pp. 479-489, preámbulo.

18 Por ejemplo, abierta la controversia en torno al extrañamiento gubernativo de eclesiásticos suscitada alrededor del Proyecto Penal de 1821, salió a relucir el caso “[...] de un Prelado extranjero, á quien el gobierno se vió en la necesidad de extrañar y ocupar sus temporalidades” (*DSC* 1821-1822, t. III, ses. 17-I-1822, nº 114, p. 1861). Es el mismo caso de los jesuitas extranjeros expulsos en 1767: lo que prima es su adscripción eclesiástica, no la nacionalidad civil (cfr. nota VI/2).

19 Lo anticipo: en el art. 107 PCC 1831.

20 SALDAÑA, “Adiciones”, t. II, p. 200, y t. III, p. 227.

La primera atención de las leyes se puso en excitar, más que habilitar, la actividad inspectora de las autoridades sobre *los extranjeros residentes en España o procedentes de sus países*, como precavían los tres sucesivos reglamentos de policía dictados en 1815²¹: luego, desenmascaradas en aquéllos conductas perniciosas para el país, la potestad gubernativa de llegar en su respuesta hasta la expulsión ni había de preexistir normativamente enunciada. Muy significativamente, no es hasta la Constitución de 1869 que los extranjeros acceden junto a los españoles al reconocimiento de alguno de los derechos constitucionales²². Por fin, andando el siglo e hirviente Europa de resultas de las revoluciones liberales del 48, por real decreto de 17 de noviembre de 1852,

El extranjero que [...] se introdujese en España sin presentar el pasaporte, podrá ser castigado como desobediente á la Autoridad con la multa [...] y expulsado además del territorio español si el Gobierno así lo determinase en vista de lo que la Autoridad civil informe por el Ministerio de la Gobernacion; y se acuerde en su consecuencia por este mismo y por el Ministerio de Estado²³.

Saldaña contempla esta expulsión *como medida de seguridad*²⁴, pero habremos de convenir en que, no siendo judicial la decisión, queda fuera de la órbita del derecho penal. La consecuencia aparejada a la desobediencia o quebrantamiento de la expulsión será un encierro que podrá alargarse entre un mes y tres años:

El extranjero que desobedezca la órden para su expulsion del Reino, quedará sujeto á la pena designada en el art. 285 del Código; considerándose al efecto la desobediencia grave, y como asunto del servicio público la órden de la expulsion, sin perjuicio de que esta se lleve a efecto despues de ejecutada la pena²⁵.

Empero, otra real orden, de 3 de octubre de 1895, declaró no ajusta-

21 Véase MORALES VILLANUEVA, "Orden...", pp. 121-122.

22 Pónganse en relación CPME 1812, tít. I; CPME 1837, tít. I; CME 1845, tít. I; CME 1869, tít. Primero, con dicha dirección ya consolidada en CME 1876, tít. I.

23 R. D. de 17 de noviembre de 1852, art. 13 (desarrollado por el 14 y el 15).

24 SALDAÑA, "Adiciones", t. II, p. 199.

25 R. D. de 17 de noviembre de 1852, art. 16. El art. 285 CP 1850, incoherentemente dentro del título "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos" reza: "Los que desobedecieren gravemente á la Autoridad ó á sus agentes en asunto del servicio público serán castigados con la pena de arresto mayor á prision correccional, y multa de 20 á 200 duros" (y revítese el art. 26, párrs. 5º y 8º, CP 1850).

dos a la legislación vigente los citados preceptos del decreto de 1852²⁶. Renovada normativa, como las reales órdenes de 28 de abril de 1852, de 14 de febrero de 1853 o de 26 de junio de 1858, atiende a la expulsión de los extranjeros vagos²⁷; por ejemplo, esta última, *por la que se dictan reglas para hacer más eficaz la vigilancia sobre los emigrados extranjeros*, esquematiza el expediente gubernativo para el examen y relanzamiento de extranjeros vagos o mendigos:

Si de este exámen resultase que el extranjero es un vago, y viene con el objeto de mendigar, se le obligará á regresar á su país, con arreglo á lo dispuesto en las Reales órdenes de 28 de Abril de 1852 y 14 de Febrero de 1853²⁸.

Esta norma es un completo ejemplo de la bipolarizada preocupación por los extranjeros. Poco antes, la Ley sobre extradición de extranjeros de 1855 también había puesto en manos del gobierno y en pro de la seguridad del país la consabida arma defensiva:

Si los extranjeros refugiados en España, abusando del asilo, conspirasen contra ella, ó trabajasen para destruir ó modificar sus instituciones, ó para alterar de cualquier modo la tranquilidad pública, podrá el Gobierno decretar su salida de la nacion, dando cuenta á las Córtes de los motivos que para ello tuviera²⁹.

Saldaña, con el mismo criterio que antes había reputado *medida de seguridad* la expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o procesal-

26 “Real orden-circular resolviendo que se cumplan los preceptos vigentes del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852 sobre extranjería”, de 3 de octubre de 1895, en *CLEAC* 158, disp. 163, pp. 574-576.

27 Véase MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, t. VI, p. 766.

28 “Real orden por la que se dictan reglas para hacer más eficaz la vigilancia sobre los emigrados extranjeros”, de 26 de junio de 1858, en *CLE* 76, disp. 421, pp. 402-405, arts. 1º a 3º, con dicho expediente gubernativo para el examen y relanzamiento de extranjeros vagos o mendigos, ocupándose a partir del art. 4º de los emigrados políticos. La reglamentación de esta materia se disemina en una constante producción normativa de reales órdenes: de 28 de abril y de 12 de junio de 1852, de 14 de enero de 1853, de 22 de septiembre y 18 de octubre de 1856, de 10 de febrero, 5 de mayo, 27 de junio y 28 de julio de 1857, de 12 y 26 de junio de 1858...; en la Ley de asilo territorial, de 4 de diciembre de 1855, en algunos tratados consulares, y en la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933... (véanse SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112; o JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, p. 1080).

29 “Ley sobre estradicion de estranjeros”, de 4 de diciembre de 1855, en *BJA-PL* 1, p. 516, art. 5º.

mente rebeldes por parte del gobierno, tiene ahora por pena esta acción, asimismo gubernamental, que prevé la legislación extraditoria; lo explica así: “la expulsión del extranjero como pena, en España, no obedece á motivos científicos. El Código penal, á diferencia de otros [...] no la incluye; se encuentra en la ley de asilo territorial. [...]. Así la expulsión, decretada en virtud de una ley vigente, es pena legal, aunque no sea una pena judicial [...]”³⁰. Pero, así, cuando llama medida de seguridad a la expulsión *por costumbre internacional* y pena legal o no judicial a la expulsión *decretada en virtud de una ley vigente*, bien se advierte que este autor está desquiciando alguna de las convenciones designativas cruciales en el moderno Derecho penal. Batiendo sectores del ordenamiento, informa Jiménez de Asúa de que también “en España la expulsión de extranjeros como medida administrativa se halla regulada en [...] algunos tratados consulares”, por ejemplo en los estipulados con Francia en 1862 y con Portugal en 1870³¹. Por lo demás, facultades gubernativas para la expulsión garantizan incluso la Ley de 4 de julio de ese último año, sobre extranjería en las provincias de Ultramar, dictada bajo los más liberales principios³²:

El emigrado que no pudiendo identificar su persona faltase á la verdad en la relación de su nombre y circunstancias, podrá ser expulsado del territorio español por orden del Gobierno ó del Gobernador superior civil de la provincia.

Igualmente podrá ser expulsado el que para identificar su persona presentase documentos falsos ó hiciese una falsa información. En este caso se procederá criminalmente y con arreglo á las leyes contra los españoles que de cualquier modo hayan tomado parte en el delito³³.

30 SALDAÑA, “Adiciones”, t. II, pp. 200-201.

31 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, p. 1080; con el complemento SALDAÑA, “Adiciones”, t. II, pp. 199-200.

32 MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, apd. 1870, p. 306.

33 “Ley, fijando el carácter y las condiciones civil y política de los extranjeros en las provincias españolas de Ultramar”, de 4 de julio de 1870, en *CLE* 104, disp. 462, pp. 23-31, art. 28. Previamente y antes de poder llegar a la expulsión, por su art. 20: “Los extranjeros transeúntes podrán residir en el punto que elijan. / Esto no obstante, cuando los residentes en un punto determinado pudieran por su número, procedencia ú otras circunstancias poner en peligro las relaciones amistosas de España con otra nación, el Gobierno ó la Autoridad superior de la provincia podrá señalarles otro punto de residencia”. Y el art. 21: “Los emigrados residirán, mientras lo sean, en el punto que los Gobernadores superiores civiles y despues el Gobierno español señalasen. / Entre tanto estarán bajo la vigilancia de la Autoridad política del pueblo donde primeramente se presentasen, la cual

El Proyecto silveliano de 1884, que pretende introducir en el sistema jurídico-penal la sustitución en el reo extranjero de una parte de la privación de libertad por su extrañamiento³⁴, prevé además contra el vago y el reincidente que,

[...] si el reo fuere extranjero, el Ministro de la Gobernacion podrá expulsarlo perpétuamente del territorio español³⁵.

Con la dispersa y renovada normativa a que he hecho alusión, la expulsión administrativa de extranjeros transita por el siglo XIX y se introduce en el XX, sin extirpar las simples vías de hecho de los usos o abusos del poder público en este sector represivo³⁶: conduciéndose sin demasiados escrúpulos ni respeto a las leyes a la hora de *relegar* a sus nacionales, no será mucho que a los extranjeros les reserve cuando menos los mismos miramientos, las propias *garantías*. Por fin, en previsión de la norma constitucional de 1931, “una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español”³⁷: con este precepto, incluso entre las *garantías individuales y políticas*, “la Constitución de la República Española deseaba que la expulsión de extranjeros no fuese una medida ilimitada y arbitraria, [...] pero esa ley no llegó a promulgarse”³⁸. Lo que sí hizo la Segunda República, en sus designios de regeneración estructural del Estado y de una gestión legalista de éste en el mejor sentido, fue darse, justamente una semana antes que la Ley de Vagos, la de Orden Público, cuya regulación

fijará el punto de su residencia, dando cuenta inmediata al Gobernador superior civil”. Valórese su principio inspirador en la exposición de motivos que verbalmente transmitió el ministro de Ultramar al Congreso al someter el proyecto a su aprobación, sentó como principio inspirador (MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, apd. 1870, p. 305).

34 Art. 80 PCP 1884.

35 Art. 71 *in fine* PCP 1884.

36 Ejemplos históricos ofrece, v. gr., para la época isabelina, ALVARADO PLANAS, “La Sección...”, pp. 167, 170, 208-209.

37 Art. 31, párr. 3º, CRE 1931. Descubre JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 51, que “no figuraba en nuestro Proyecto semejante inciso, que fué enclavado en la Constitución por una enmienda de D. Eduardo Ortega y Gasset. La enmienda estaba concebida en estos términos: ‘Ningún extranjero podrá ser expulsado del territorio nacional sino con sujeción a las garantías que establezca una ley especial’. Felizmente pudimos contestar a su autor con una fórmula menos expuesta, ya que ese derecho de hospitalidad hubiera podido llenar nuestro país de sujetos notoriamente indeseables”.

38 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, pp. 1078-1079.

de los estados de prevención y alarma prestaba en tales circunstancias particular atención a los extranjeros; tan pronto como se decretase el primero de tales estados:

[...] los extranjeros no establecidos en el territorio español, y que no hayan llenado todos los requisitos que para permanecer en el mismo señalan las leyes especiales y Reglamentos de Policía, podrán, sin otras formalidades, ser detenidos e inmediatamente expulsados del país, por orden de las Autoridades gubernativas, las cuales se limitarán a dar cuenta de su acuerdo al Ministerio de la Gobernación³⁹.

Los extranjeros no establecidos, pero que hayan observado todos los requisitos a que se refiere el artículo anterior, estarán obligados, al acordarse el estado de prevención, a dar los avisos, realizar las presentaciones y cumplir las demás medidas que la Autoridad gubernativa considere necesarias para el mantenimiento del orden público. A los que no se avinieren a ello o actuaren de modo perturbador de aquél, se les podrá impedir la permanencia en territorio español, previa declaración de indeseables. Esta declaración gubernativa llevará consigo la expulsión del territorio nacional, aun cuando se interponga contra dicho acuerdo, que desde luego, será ejecutivo, el oportuno recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación⁴⁰.

Los extranjeros establecidos permanentemente en el territorio de la República, quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley, como los nacionales; pero si, por su conducta contraria al orden público, mezclándose en actos perturbadores del mismo, se hiciere necesario aplicarles medidas especiales, podrán ser detenidos y se abrirá inmediatamente expediente gubernativo, sumario, en el que habrán de ser oídos y recibidas las pruebas que aporten sobre su conducta. El expediente podrá terminar, cuando ello esté justificado, con la declaración de indeseable, que llevará anexa para el así calificado la expulsión del territorio español. El acuerdo será, desde luego, ejecutivo, pero cabrá recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación⁴¹.

Revelándose insuficientes las medidas del estado de prevención para contener la perturbación del orden público, habrá que pasar en defensa de la seguridad del Estado al estado de alarma, cuyo decreto puede autorizar a adoptar nuevas y más intensas medidas con relación a los extranjeros:

Los extranjeros no establecidos en el territorio español y que no hayan llenado

39 Ley de 28 de julio de 1933 [LOP 1933], en *CLEAC* 135, disp. 1135, pp. 227-245, art. 24.

40 Art. 25 LOP 1933.

41 Art. 26 LOP 1933.

todos los requisitos que para permanecer en el mismo señalan las leyes especiales y Reglamentos de Policía, podrán, sin otras formalidades, ser detenidos y seguidamente expulsados del territorio español.

Cualquier extranjero no comprendido en el párrafo anterior que participe en la alteración del orden público podrá ser detenido y expulsado seguidamente del territorio español por todo el tiempo que dure el estado de alarma; el acuerdo será ejecutivo en todo caso; pero cuando se trate de extranjeros establecidos, será necesario oír previamente al interesado, pudiendo éste, sin perjuicio del cumplimiento de lo acordado, reclamar contra el acuerdo ante el Ministerio de la Gobernación⁴².

Más allá, “la Autoridad militar en el estado de guerra podrá adoptar las mismas medidas que la civil en los dos capítulos anteriores, las demás que esta ley autoriza y cuantas sean necesarias para el restablecimiento del orden”⁴³: *a grandes males, grandes remedios* y mejor resultará olvidar el *expuesto* derecho de hospitalidad... La sucesora de esta ley, sólo en cuanto a la materia regulada, fue la franquista de Orden Público de 30 de julio de 1959, con expulsión de extranjeros y apátridas⁴⁴ entre sus “[...] sanciones que, aun sin nombre propio, se corresponden virtualmente con las restrictivas de libertad”⁴⁵, por supuesto que hecha abstracción de sus nítidas salvaguardas en lo penal.

Con la llegada de la democracia se abre una nueva fase en la política expulsiva de extranjeros, marcada por la masiva entrada de éstos a partir sobre todo de la última década del siglo XX. Profusa normativa incide en este sector, con mayores o menores cortapisas –fluctuación producto a menudo de la irreflexión o la demagogia populista– en el reconocimiento de una facultad a la que el Estado, el Gobierno, no quiere renunciar en modo alguno. Hitos señalados han sido, en la esfera de la seguridad interior u orden público, la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio de 1981⁴⁶, en la

42 Art. 36 LOP 1933.

43 Art. 58 LOP 1933.

44 “Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público” [LOP 1959], en *BOE* n° 182, de 31-VII-1959, pp. 10365-10370, art. 31.

45 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 535.

46 “Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”, en *BOE* n° 134, de 5-VI-1981, disp. 12774, pp. 12541-12543, art. 24: “1. Los extranjeros que se encuentren en España vendrán obligados a realizar las comparecencias que se acuerden, a cumplir las normas que se dicten sobre renovación y control de permisos de residencia y cédulas de inscripción consular y a observar las demás formalidades que se establezcan. / 2. Quienes contravinieren las normas o medidas que se adopten o actúen

de extranjería, la Ley de Asilo⁴⁷ y sendas leyes orgánicas de 1985⁴⁸ y 2004⁴⁹:

en connivencia con los perturbadores del orden público, podrán ser expulsados de España, salvo que sus actos presentaren indicios de ser constitutivos de delito, en cuyo caso se les someterá a los procedimientos judiciales correspondientes. / Los apátridas y refugiados respecto de los cuales no sea posible la expulsión se someterán al mismo régimen que los españoles. / 4. Las medidas de expulsión deberán ir acompañadas de una previa justificación sumaria de las razones que la motivan”.

47 “Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado”, en *BOE* nº 74, de 27-III-1984, disp. 7250, pp. 8389-8392, art. 19: “1. Los extranjeros asilados podrán ser expulsados del territorio español por actividades graves o reiteradas contra la seguridad interior o exterior el Estado. / En ningún caso se les expulsará a otro país donde hubiese motivos para temer persecución o castigo. / 2. El Ministerio del Interior comunicará la expulsión al interesado [...]”.

48 “Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *BOE* nº 158, de 3-VII-1985, disp. 12767, pp. 20824-20829, art. 26: “1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: / a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de su estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles. / b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido. / c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. / d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. / e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación [...]. / f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales”. Art. 36: “1. Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años. / 2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado. / 3. La instrucción y resolución de los expedientes de expulsión tendrá carácter individual, no pudiendo, en consecuencia, acordarse la expulsión de extranjeros con carácter colectivo”.

49 “Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *BOE* nº 10, de 12-I-2000, disp. 544, pp. 1139-1150 (corrección de errores en *BOE* nº 20, de 24-I-2000, disp. 1432, p. 3065), art. 28: “1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos

a todas accede la expulsión como medida gubernamental e, incluso, en la de 1985 también con el carácter penal anotado por Sánchez Tomás⁵⁰; sólo destaca, asimismo de ésta, uno de los supuestos determinantes de la expulsión de los extranjeros: “haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados”⁵¹, tan conexo con la penalidad apercebida en general por el Código, *agravada* para tales sujetos en esta vía.

B] La expulsión judicial

a) Evolución normativa

Glosando el extrañamiento esgrimido por el corpus de 1848, Joaquín Francisco Pacheco subraya que “ha habido algún código que sólo ha impuesto esa pena a los extranjeros”⁵², en lo que parece asentimiento implícito, si no a la identificación de un castigo con otro, sí a su confinidad operativa: cuando el proceso ejecutivo coincide en ambas penas, la piedra de toque no puede ser más que el sujeto pasivo de cada una de ellas, con su diverso rango nuclear de aflicción percibida o prevista, o bien la finalidad perseguida, ya retributiva, ya preventivo-eliminadora. Ello aclarado, pasemos revista a la serie de fuentes y soluciones, comenzando por la ley trienal de 17 de abril de 1821, penalizadora de *los conspiradores contra la Constitución e infractores de ella*, ocasión ésta para castigar al extranjero “[...] que de palabra ó por escrito tratare de persuadir que no debe guardarse en las Españas ó en alguna de sus provincias la Constitución política de la Monarquía en todo ó parte”, así como al que pro-

previstos en el Código Penal y en la presente Ley. / [...] / 3. La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: / a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal. / b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley. / c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España”. Art. 26.1: “No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada [...]”.

50 SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo...”, p. 1560.

51 L. O. 7/1985, art. 26.1.d.

52 PACHECO, *El Código...*, p. 455.

pagare “[...] doctrinas que tengan una tendencia directa á destruir ó trastornar la Constitucion”, con privación de derechos, reclusión “[...] y despues será expelido de España para siempre”⁵³. Sin enumeración entre las penas, pero, sea como sea, consecuencia postpenitenciaria del delito, recoge el Código de 1822 que el extranjero vaya *expelido para siempre de España* en esos mismos supuestos y en algún otro más⁵⁴. Igual procede el Proyecto de 1834 –sin expulsión en su escala penal ni enunciado teórico-general– para uno de los delitos contra la religión⁵⁵. En su primera acogida programática en el molde de un Código, Pedro Sainz de Andino idea en 1831 la expulsión de extranjeros no como pena, sino como medida postpenitenciaria: falta en ese listado de *penas que en adelante se usarán solamente en los Tribunales Reales para el castigo y represión de los delitos*, mas el precepto que la acoge pertenece al mismo título *De las diferentes especies de penas y sus efectos corporales y civiles*:

Todo extranjero que no tenga carta de naturalización o domicilio adquirido legalmente en España a quien se imponga pena temporal por delitos atroces, estará obligado, luego que la haya cumplido, a salir inmediatamente fuera del territorio español al cual no podrá volver sin obtener habilitación especial para hacerlo⁵⁶.

Bastaría, pues, un domicilio legal para eludir el arrojamiento, o sea que este complemento de la pena aparece moderado por considerables salvedades; al extranjero, además, se le especifica un extrañamiento particularizado que cabe identificar con la expulsión punitiva⁵⁷. Salvando expulsiones aisladas, sin elaboración genérica⁵⁸, más de medio siglo hay que recorrer hasta volver a localizar una consecuencia jurídica del delito con estas características en un corpus penal, asimismo de *lege ferenda* como en la primera ocasión. Entre las cláusulas innovadoramente propuestas por el Proyecto *Silvela* de 1884 se halla la siguiente:

Cuando deba imponerse á un extranjero alguna pena aflictiva de privacion de

53 Ley de 17 de abril de 1821, arts. 3º y 7º.

54 De un lado, art. 214 CP 1822; de otro, arts. 228, 229, 594 y 786 CP 1822.

55 Art. 104 PCC 1834.

56 Art. 107 PCC 1831.

57 Arts. 228, 313 y 449 PCC 1831.

58 Así, art. 104 PCC 1834, o ACGCP, ses. 12-VI-1845, a. 37, p. 889 (art. 3º, párr. 2º).

libertad, el tribunal podrá reducir en la sentencia la duración de la pena a la mitad del tiempo señalado, imponiendo además al reo la de extrañamiento del reino⁵⁹.

En ella se vuelve patente la conexión nocional entre el extrañamiento y la expulsión de extranjeros, hasta el punto de hacer enunciativamente a éstos sujetos de aquél, sin pensar en pena o medida diferenciada; también, en supuestos de vagancia o reincidencia traía este Proyecto la facultad gubernativa antedicha sobre los extranjeros incurso en tales conductas⁶⁰. Pero, entretanto, desde 1831 hasta 1884, la expulsión de extranjeros, no consignada como tal, particularizadamente, en la escala penal, sí tiene un uso en la parte especial de los Códigos específicamente diferenciado del extrañamiento; valga como ejemplo uno de la Comisión de Código Penal en 1845:

El español que celebre actos públicos de un culto que no sea el de la Religión Católica, Apostólica Romana, será castigado con la pena de extrañamiento perpetuo.

El extranjero que cometiere este delito será expulsado de España para siempre⁶¹.

Los actos de ejecución material de ambas sanciones coinciden plenamente: se pone a los culpados más allá de las fronteras nacionales; la temporalidad es una: perpetuidad, para siempre; ¿qué cambia, entonces?: el sujeto pasivo. Busquemos, no obstante, con preferencia las declaraciones generales, enunciativas, como aquélla de 1831 o la última aducida de 1884. En adelante, de las tres posibles configuraciones que admite la expulsión de extranjeros –expediente administrativo o de policía, pena y medida de seguridad–, el ordenamiento español va a mantener la primera y a decantarse judicialmente por la última. Sin embargo, los previos trabajos preparatorios de Quintiliano Saldaña tenían aceptada la *expulsión de extranjeros* en su muy limitada panoplia represiva, no sólo como medida de seguridad, que también⁶², sino igualmente en calidad de pena⁶³; así figura en las Bases de Código que proyectó, pero más holgadamente desplegadas en el precedente proyecto de articulado, donde se complementan una *expulsión de extranjeros* entre las penas

59 Art. 80 PCP 1884.

60 Art. 71 *in fine* PCP 1884.

61 ACGCP, ses. 12-VI-1845, a. 37, p. 889 (art. 3º).

62 PLB 1921, b. 17: “[...] incluyendo, entre las de privación de libertad, [...] expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o rebeldes”.

63 PLB 1921, b. 16.

de privación de libertad en su modalidad de *expulsión*⁶⁴ y una *expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o rebeldes* entre las medidas de seguridad asimismo privativas de libertad: sí, a despecho de la paladina inclusión en su tabla penal, el texto del vocal permanente se conduce a seguida con esta contundencia:

No se reputarán penas, sino medidas de seguridad, ni podrán imponerse otras que las siguientes:

[...]

Expulsión de extranjeros indocumentados, vagos o rebeldes [...] y de anarquistas⁶⁵.

Como medida de seguridad, esta formulación viene desarrollada en dos preceptos, con una falta de ajuste bien notoria, puesto que en nada aluden a la indocumentación o la vagancia, pero, sobre todo, porque se trata en el primero de ellos de la expulsión no judicial:

Si los extranjeros residentes en España conspirasen o trabajasen para destruir o modificar instituciones, o para alterar de cualquier modo la tranquilidad pública, podrá el Gobierno decretar su salida de la Nación, dando cuenta a las Cortes de los motivos que para ello tuviere.

La expulsión debe ser comunicada al Estado de quien el expulsado es súbdito⁶⁶.

Cuando ha delinquido un extranjero, en delitos que no estén penados por las leyes de su país, y alega ignorancia, no se le impondrá pena; mas el Tribunal podrá, en su lugar, obligarle a abandonar el territorio español⁶⁷.

Así, el defensor corpus penal de 1928 da cabida a *la expulsión de extranjeros*, que “antes, sólo podía acordarse gubernativamente”⁶⁸ –como bien dice San Martín Losada– entre *las medidas de seguridad que, como*

64 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 104 (art. 57 ACP 1920).

65 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112 (art. 69 ACP 1920); véase, otrosí, *ibidem*, p. 108.

66 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 115 (art. 77 ACP 1920).

67 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 115 (art. 78 ACP 1920).

68 SAN MARTÍN LOSADA, *Código...*, p. 89. La medida viene contextualizada dentro del Derecho penal diacrónico por la propia exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 12: “se ha dado entrada franca en el Código a las llamadas medidas de seguridad [...]. Algunas de esas prevenciones [...], como la expulsión de extranjeros, se encuentran en disposiciones de carácter gubernativo”.

*consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código*⁶⁹:

Los Tribunales, en sus sentencias, decretarán la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, además de imponerles la pena correspondiente, en los mismos casos en que, si el delincuente fuese español, habrían de exigirle caución; y podrán asimismo acordarla en los demás casos que estimen oportuno⁷⁰.

La expulsión de los extranjeros, decretada por los Tribunales como medida de seguridad, será comunicada á las autoridades gubernativas del lugar en que el reo deje extinguida la condena que le haya sido impuesta, ó del en que residiere, para que se lleve á efecto en el plazo que el Tribunal haya fijado para ello⁷¹.

Éste es el momento de recordar que el Proyecto de 1927, recogiendo la salvaguardia penal de los derechos constitucionales todavía vigente, pero adaptándola a su escala penológica, sustituye como supuesto tutelado el *extrañamiento de ciudadanos* por la *expulsión del Reino a personas* (aunque aceptándola ya por sentencia, ya por resolución gubernativa)⁷²; sabemos que esto no pasó a la Gaceta⁷³, pero queda por este camino indirecto y azaroso como la única inclusión de los extranjeros en esta protección penal de la Constitución (de atrás, habíase referido a la deportación o extrañamiento de ciudadanos⁷⁴), de todo punto insólito si encima emana de legislador dictatorial... En otro aspecto, del amparo a la amenaza, la expulsión de extranjeros recibe positivamente en 1928 la primera defensa legal ante su contravención⁷⁵:

El extranjero, cuya expulsión hubiere sido decretada con el carácter de medida de seguridad, que fuere de nuevo hallado en el Reino, será castigado con prisión de dos meses y un día á seis meses y multa [...] ⁷⁶.

El Código de 1932, sin medidas de seguridad, como vuelto a la estructu-

69 Arts. 90.4^a CP 1928 y 93.4^a PCP 1927.

70 Arts. 99 CP 1928 y 103 PCP 1927.

71 Arts. 130 CP 1928 y 135 PCP 1927.

72 Art. 365 PCP 1927.

73 Art. 269 CP 1928.

74 Art. 222 CP 1870.

75 Por eso sorprende a SAN MARTÍN LOSADA, *El Código...*, p. 147, encontrarse con el nuevo tipo.

76 Arts. 506 CP 1928 y 660 PCP 1927.

ra de 1870, no acoge la expulsión de extranjeros, mas en las *dieciséis bases del futuro Código* sí que “esta medida podrá imponerse en sustitución de la pena o como complemento de ella”⁷⁷. Como bien informa Cuello Calón, “nuestro Código penal desconoce la expulsión de extranjeros, sin embargo ha sido acogida como medida de seguridad por la ley de Vagos y maleantes”⁷⁸, sin perder su condición restrictiva de la libertad ni su finalidad preventiva⁷⁹. Ciertamente, la Ley de Vagos y Maleantes prevenía como una de sus medidas la *expulsión de extranjeros del territorio nacional*⁸⁰, tendente a *eliminarlos de la convivencia peligrosa*⁸¹:

Los extranjeros peligrosos serán expulsados del territorio nacional, y cuando quebrantaren la orden de expulsión, serán internados en un Establecimiento de custodia por un año⁸².

Preciso es notar con Cuello cómo “dicha ley no limita la expulsión a los extranjeros delincuentes, su texto se refiere a los *extranjeros peligrosos*, por consiguiente, todos los que fueren peligrosos, delincuentes o no, pueden ser expulsados”⁸³: esto casa a la perfección con el *no renunciabile* derecho a la seguridad que se ponía tradicionalmente en la base de la expulsión como potestad de gobierno. Yendo adelante, aunque una de las medidas de seguridad del Anteproyecto de 1938 era la *expulsión del territorio nacional o colonial*⁸⁴, debiendo entenderse que podía aplicarse indistintamente a españoles y extranjeros, no incorpora ninguna específica para éstos, como sí lo hace el segundo Proyecto penal de la zona rebelde, ya triunfante a últimos de 1939, llevando a su escala general la expulsión de extranjeros, pena accesoria⁸⁵:

77 “Las dieciséis Bases...”, b. 10.6^a.

78 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, pp. 831-832; y véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. II, p. 1079. Sólo un precepto del Código puede conectarse con la expulsión de extranjeros cuando alude a la pena del extranjero que atentare contra la seguridad exterior del Estado “[...] sin perjuicio de las medidas de policía que puedan adoptarse respecto a dicho culpable extranjero” (arts. 124 *in fine* CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973).

79 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, pp. 675-676, 680.

80 LVM 1933, art. 4^o.4^a (ojéese el 2^o.9^o). Ya figuraba tanto en su primer Proyecto LVM 1933, arts. 1^o.10 y 4^o, párr. 3^o, como en el segundo Proyecto LVM 1933, arts. 2^o.9^o y 4^o.4^a.

81 “Dictamen de la Comisión...” LVM 1933, p. 2.

82 LVM 1933, art. 6^o.9^o (el art. 6^o.8 del segundo Proyecto LVM 1933).

83 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 832.

84 Art. 27 AFCP 1938.

85 Art. 31 PCP 1939.

Los tribunales ordenarán la expulsión del territorio nacional de los reos extranjeros que, por su vida y antecedentes fueren considerados peligrosos, la cual se llevará a efecto una vez cumplida la pena impuesta⁸⁶.

Federico Castejón, el año 1964, no hacía sitio a ésta que ahora rastreamos en su privado “Anteproyecto de Ley de defensa y protección sociales”, con variopintas medidas de seguridad en su seno⁸⁷; sí el Anteproyecto de bases de Libro I de 1972, una de cuyas medidas de seguridad complementarias es la *expulsión del territorio nacional*⁸⁸, que “[...] podrá acordarse respecto de los extranjeros sancionados con pena de prisión”⁸⁹. Empero, entre uno y otro, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social había derogado y reemplazado en 1970 a la de Vagos y Maleantes, mas sin dejar de aparecer en ella la medida de seguridad consistente en la

Expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España durante el plazo de tres años⁹⁰.

Esto, como digo, es en la ley; a su despecho, el Reglamento dado para su desarrollo en 1971, pretende establecer otra extensión temporal, de arduo ajuste:

Si antes de transcurrido el plazo de cinco años el sujeto declarado peligroso volviere al territorio nacional, será puesto a disposición del Juez, que promoverá el correspondiente juicio de revisión⁹¹.

En los supuestos propios de esta normativa, “si los declarados peligrosos fueren extranjeros, el Juez podrá imponerles las medidas [...] que correspondan o la de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de aplicarles, además, las que sean compatibles con dicha expulsión y figuren en cada supuesto de peligrosidad”⁹². El Reglamento aplicable regula la tramitación de la medida y precave su quebrantamiento; subrayo dos disposiciones entre todas:

86 Art. 55 PCP 1939.

87 CASTEJÓN, “Anteproyecto...”, art. 3º.

88 ABCP 1972, b. 7ª.8, p. 750.

89 ABCP 1972, b. 10ª.8.b, p. 754.

90 Art. 5.12 LPRS 1970; en el Proyecto de Ley de Peligrosidad Social, de 14 de enero de 1970, art. 4º.11. Léase a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 1014.

91 Art. 13.3 RPRS 1971.

92 Art. 7 LPRS 1970.

6. La expulsión sustitutiva no podrá llevarse a efecto mientras el extranjero afectado tenga pendiente cualquier responsabilidad por delito que exija su presencia en el territorio nacional.

7. El peligroso expulsado podrá, en los supuestos procedentes, instar la iniciación del juicio de revisión, en cuyo caso, y para la práctica de las diligencias que personalmente hayan de entenderse con él, podrá ser autorizado temporalmente a regresar al territorio nacional⁹³.

En la Propuesta de Anteproyecto de 1983 ya entraban en el articulado del pretendido Código las medidas de seguridad y, entre ellas, la *expulsión de extranjeros del territorio nacional*⁹⁴, con un desarrollo como sustitutiva de las demás medidas que será el adoptado en el hoy vigente corpus⁹⁵; la peculiaridad presentada en la institución estribaba en poner el máximo de duración en los quince años⁹⁶, rebajado a diez, conforme veremos, por los textos subsiguientes. Nos acercamos, pues, a las últimas concepciones de este medio punitivo. Antes del relevo de Códigos en 1995, la Ley Orgánica de 1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros, acudiendo a solventar problemas sin tratamiento en la vigente Ley Criminal, incurría, a juicio de Sánchez Tomás, en *desubicación sistemática* cuando daba la norma de indudable naturaleza penal⁹⁷ de que

93 Art. 13.6 y 7 RPRS 1971. El resto de este art. 13 presenta el siguiente contenido: “1. Cuando el Juez acuerde la expulsión del territorio nacional de los extranjeros declarados peligrosos, oficiará al Gobernador civil de la provincia, o en Madrid al Director general de Seguridad, quienes llevarán a efecto la medida. / 2. La expulsión y las medidas a las que ésta sustituya se anotarán en la Dirección General de Seguridad, que lo comunicará a sus servicios. / 3. Si antes de transcurrido el plazo de cinco años el sujeto declarado peligroso volviese al territorio nacional, será puesto a disposición del Juez, que promoverá el correspondiente juicio de revisión. / 4. En el juicio de revisión sólo podrá acordarse nuevamente la expulsión sustitutiva cuando las circunstancias del peligroso permitan suponer fundadamente que no habrá de producirse un nuevo quebrantamiento de la medida. / 5. Si se acordase la expulsión, el Juez podrá decretar el internamiento preventivo previsto en el artículo 19 de la Ley si no lo hubiera hecho anteriormente. Para ello, tendrá en cuenta especialmente la medida principal que correspondería al sujeto y las garantías que ofrezca, por sí o por medio de otra persona, de presentarse cuando fuera llamado o de salir voluntariamente del territorio nacional”.

94 Art. 86.3.4^a PACP 1983.

95 Art. 106 PACP 1983.

96 Art. 106.2 PACP 1983.

97 SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo...”, p. 1560.

Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta⁹⁸.

Por medio de ley no penal –y en precepto sin rango *orgánico*, pese al vehículo o contenedor normativo⁹⁹–, accedía así al ordenamiento la expulsión con carácter de sustitutivo penal e incurso en latitud inmoderada, pues que, sin un máximo limitador, simplemente,

[...] toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años¹⁰⁰.

Confluencia de ambas líneas en su moderna traza, al Código en vigor ha llegado la expulsión como mecanismo sustitutivo de la pena y como medida de seguridad. Sin llamarla a su escala general –porque en buena dogmática no es pena, sino sustituto penal–, se sirve de ella en orden a la sustitución para extranjeros de las penas privativas de libertad, dejando atrás con este designio aquel carácter de complemento de la pena con que era saludada por el vetusto Proyecto de Código *Sainz de Andino*: ahora claramente la sustituye y en este rol adquiere, si no rango, sí funcionalidad punitiva, para lo cual acude en busca de fundamento a fines cercanos al resarcimiento y la innocuización. Anunciada por los textos preparatorios de 1992, veamos cómo concretaba la norma penal, a la hora de su promulgación, esta figura:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión

98 L. O. 7/1985, art. 21.2, 2º párr.; su primer párrafo decía: “Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1”.

99 L. O. 7/1985, d. f. 2ª (y penetra el rango suyo SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo...”, p. 1560).

100 L. O. 7/1985, art. 36.1.

igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa¹⁰¹.

A una expulsión facultativa de los extranjeros no residentes legalmente, original en el Código granado el año 1995, siguió en 2003 otra ya obligatoria de entrada y que sólo *excepcionalmente* se cumplirá en España en atención a la *naturaleza del delito*; con pendular basculación, en 2010 se volvió –enjuicia Muñoz Conde– a *suavizarla, en parte*¹⁰². Las reformas habidas se han producido en el marco de la política en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, sectores legislativos que tanta proliferación han tenido, a remolque de acusados acontecimientos sociales, en estos albores del siglo XXI; y su motivación es tan diáfana como que “la amplitud de la pena sustituible evidencia el propósito de disminuir la población penitenciaria integrada por inmigrantes ilegales”¹⁰³. Los resultados de tal estrategia en la letra de la ley fueron, primero, en 2003, éstos:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente

101 Art. 89 CP 1995. Véanse los arts. 88 ACP 1992 y 89 PCP 1992, más parecido aquél a lo sancionado a la postre, toda vez que éste decretaba la expulsión obligada cuando la pena fuese inferior a dos años, dejándola en la posibilidad que llegó al Código sólo para las condenas de dos a seis años.

102 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 578. Sobre el cumplimiento en España en consideración de la naturaleza del delito tratan las sentencias del Tribunal Supremo 901/2004 de 8 de julio, 1249/2004 de 28 de octubre y 1189/2005 de 24 de octubre, con el auto, asimismo del Supremo, 1472/2004 de 23 de septiembre (MIR PUIG, *Derecho...*, p. 701).

103 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [2005], p. 75.

en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

[...]

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad¹⁰⁴.

Tales expulsiones se llevarán a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en el propio Código alrededor de la suspensión ejecutiva de penas privativas de libertad o de la sustitución por multas o trabajos en beneficio de la comunidad¹⁰⁵; como otra excepción –pero ésta heredada–, tampoco procederá la sustitución o expulsión ante ciertos delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros o relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁰⁶. Al debatirse en el Congre-

104 Art. 89.1, 2 y 3 CP 1995, modificado por “Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, en *BOE* n° 234, de 30-IX-2003, disp. 18088, pp. 35398-35404.

105 Art. 89.1, párr. 3º, CP 1995, reformado por L. O. 11/2003 (repásense los arts. 80, 87 y 88, para su integración).

106 Art. 89.4 CP 1995, introducido por “Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *BOE* n° 307, de 23-XII-2000, disp. 23600, pp. 45508-45522 (corrección de errores en *BOE* n° 47, de 23-II-2001, disp. 3663, pp. 6991-6992): “Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal” (sólo el postrero apartado, el 4º, fue incorporado por la L. O. 8/2000, Disp. Adic. 2ª, y luego respetado por la L. O. 11/2003, que ha dado la nueva redacción al resto del artículo).

so la última reforma, por ahora, del Código, la de 2010, se escuchó –eco de críticas doctrinales y periodísticas– que este instituto de la sustitución “[...] vulnera el principio de *non bis in idem* en el caso de aquellos presos extranjeros que han ingresado en prisión y no cumplen la totalidad de su condena por la razón que fuera. Una vez que abandonan el centro penitenciario son objeto de expulsión. A estos se les somete a la aplicación de una doble pena. Se está incumpliendo el principio paradigmático del derecho punitivo que es el principio de *non bis in idem*”¹⁰⁷. Otro reproche se ha esgrimido contra este precepto, el de su *ambivalencia afflictiva*, a cuya delimitación acuden Muñoz Conde y García Arán balanceando los intereses ante el cumplimiento en España así del Estado como del reo, para quien puede suponer, según sus particulares circunstancias, bien una proficua burla de la ley, bien el desarraigo o una puesta en peligro. La intervención sobre el Código efectuada en el verano del año 2010 ha retocado esta expulsión de extranjeros justamente con miras a enmudecer esta crítica, suprimiendo la atención al indicador de la naturaleza del delito como criterio de apoyo o justificación del juzgador al sustituir la pena: ahora se da facultad al juzgador para tomar en cuenta la singular realidad del condenado¹⁰⁸; otras evidencias de la *suavización* enunciada por estos autores radican en la posibilidad de que el tiempo por el cual el sujeto tiene vedado el retorno a España se reduzca hasta los cinco años, o en desechar la instrucción de que el cumplimiento en España sólo *excepcionalmente* se acordara. Cotejemos sin más esta última refundición del precepto:

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia de penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

[...]

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la

107 El parlamentario Olabarría Muñoz, en *DSCD*, leg. IX, nº 160, 29-IV-2010.

108 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 577, quienes filian esa última reforma en conexión con una sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004.

expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. [...] / En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código¹⁰⁹.

Por lo demás, se sigue excluyendo este instrumento político-criminal en ciertos tipos delictivos contra los derechos de los trabajadores¹¹⁰. Y constante una curiosa observación que puede decir no poco del rango en principio no punitivo que se pretende dar a la expulsión de extranjeros: el precedente sintagma referente al *extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión*¹¹¹ se reemplaza por ahora por lo que sigue: “si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente [...]”¹¹², con lo cual se sustrae un dictado, el de quebrantamiento, asociado de ordinario a la punición. La valoración de Conde y Arán, elevándose por encima de la especificidad de esta modificación, queda como toda una síntesis de los diversos factores concurrentes en el problema central: el designio eliminatorio de los extranjeros delincuentes combinado con el interés por evitar tanto la burla de la ley española como una imagen discriminatoria sólo podía abocar a tan irritantes *contradicciones en esta materia*¹¹³.

En cuanto medida de seguridad, entre las no privativas de libertad figura asimismo enunciada *la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España*¹¹⁴, aunque enseguida vemos cómo el Código, igual que sus previos proyectos, no la trata como una más, sino que hace de ella un sustitutivo de las otras medidas:

109 Art. 89.1, 2, 5 y 6 CP 1995, modificado por L. O. 5/2010, apt. 21^o.

110 Art. 89.7 CP 1995, adicionado en virtud de la L. O. 5/2010, apt. 21^o.

111 Art. 89.3 CP 1995 original.

112 Art. 89.4 CP 1995, en versión de la L. O. 5/2010.

113 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 578 (*ibidem*, p. 8).

114 Art. 96.3.2^a CP 1995, modificado por L. O. 15/2003. Véanse los arts. 94.3.5^a ACP 1992 y 95.3.5^a PCP 1992, ninguno de los cuales hacía referencia a la no residencia legal en España.

1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta¹¹⁵.

En último lugar, hay que dejar constancia de la expulsión administrativa, que halla motivo en los antecedentes penales sin cancelar por delitos dolosos punidos con pena superior al año¹¹⁶. En los articulados preliminares de 1992, Anteproyecto y Proyecto, había ya un germen de esta previsión, aunque para liberados condicionales, que en principio no fue positivada:

El extranjero que haya delinquido en España, podrá ser expulsado por la Administración del territorio nacional, de acuerdo con la legislación vigente, al concederle la libertad condicional¹¹⁷.

En rápido resumen, la expulsión jurídico-penal se halla presente ya en la socorrida y recurrente Ley de 17 de abril de 1821, de donde pasa al Código de 1822 como consecuencia postpenitenciaria de determinados delitos; un paso adelante da Sainz de Andino en su Proyecto, pues con ese mismo uso la lleva antes, programáticamente, a su *parte general*, limitada a extranjeros delincuentes sin residencia legal en España condenados por delitos atroces a pena temporal. Luego, no llega a cobrar vigor en los códigos vinientes y hay que esperar al Proyecto de 1884 para encontrarla ya propuesta como sustitutivo penal y miméticamente llamada *extrañamiento del reino*. Duda Saldaña entre seguir aprestándola como medida, según hace en su anteproyecto de

115 Art. 108.1 CP 1995, modificado por L. O. 11/2003. Véanse los arts. 110 ACP 1992 y 111 CPC 1992 (“1. Si el sujeto fuere extranjero, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le fueren aplicables. / 2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años”).

116 Art. 57.2 de la L. O. 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

117 Arts. 92.2 ACP 1992 y 93.2 PCP 1992.

reforma, o recibirla como pena, alternativa que lleva a sus Bases de 1921. Decididamente, es medida de seguridad en el Código de 1928, desenvolviéndose en lo sucesivo por este camino, que la lleva, aparte algunos de los proyectos intermedios, hasta la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, la de Peligrosidad de 1970 y el Código de 1995, varias veces reformado en los preceptos que incorporan la expulsión, a lo último en los inicios del verano de 2010; por tales derroteros, aun catalogada como tal medida, destaca su función como sustitutivo de penalidad.

b) Conductas sancionadas

El régimen judicial de la expulsión de extranjeros no ha aportado demasiada concreción a su casuística. Demos, con todo y en su procura, un repaso a los textos. En el Código de 1822 no aparece el enunciado de una pena de expulsión para el extranjero, únicamente *se le expelle del reino para siempre*, con fórmula, si no igual, al menos similar a la del destierro perpetuo o extrañamiento, pero desde luego el sujeto pasivo queda concretado en un delincuente extranjero (aparte de que también pueda incurrir en las conductas que ocasionan el destierro del reino, cuyo reo, indefinido, será nacional o no): así es al reprimir su subversión contra la norma constitucional¹¹⁸, las enseñanzas propagadas en contra de la religión del Estado¹¹⁹, la publicación de impresos contrarios a los dogmas católicos¹²⁰ y el vagabundeo¹²¹. Sainz de Andino, que diseña con fórmula general la expulsión de extranjeros autores de *delitos atroces*¹²², distingue luego, a la hora de penar, entre el extranjero naturalizado y el transeúnte; éste será expulsado por la práctica de ritos de un culto no católico¹²³; además, se expelle al extranjero conspirador contra soberano

118 Art. 214 CP 1822 (tras cumplir prisión). Cotéjese este mismo precepto tomado de la Ley de 17 de abril de 1821, arts. 3º (tratar de persuadir de que no se guarde la Constitución) y 7º (propagar máximas o doctrinas con tendencia directa a destruir o trastornar la Constitución), ambos expelimientos sólo ejecutados tras cumplirse reclusión en España.

119 Arts. 228 y 229 CP 1822.

120 Art. 594 CP 1822.

121 Art. 786 CP 1822.

122 Art. 107 PCC 1831.

123 Art. 228 PCC 1831 (con encierro o no). El 227 PCC 1831 extraña a los extranjeros naturalizados que no abjuren y se reconcilien durante su previa reclusión.

extranjero¹²⁴ y al vago¹²⁵. El Proyecto de 1834, en supuesto no previsto por el de 1830, ordena la expulsión del extranjero que, en público, celebrare rito no católico, temporalmente de primeras y sólo a perpetuidad si quebranta la prohibición¹²⁶. En las actas de las tareas codificadoras de la Comisión de Código Penal previas al de 1848 encontramos un caso de expulsión impuesta a extranjeros con especificidad, aun no teniéndose por pena nominal y autónoma, y sin embargo quedan marcadas las distancias con el extrañamiento: procede contra aquéllos que celebraren públicamente actos de un culto diferente al católico¹²⁷. Silvela, en 1884, no descende de la general posibilidad de sustitución de privaciones de libertad impuestas al extranjero¹²⁸. Saldaña sí que tras la formulación enunciativa, concreta su medida de seguridad para extranjeros conspiradores contra las instituciones o que alteren el orden público¹²⁹: son, a qué dudarlo, esos rebeldes y anarquistas que ya aparecen, junto a vagos e indocumentados, desde aquella consagración programática de la medida¹³⁰. Luego, desde la adopción del *binarismo* por el ordenamiento, la expulsión de extranjeros se configura en todos los casos como medida de genérica puesta a disposición del juzgador, sin particularización de los estados peligrosos en que se halle el extranjero *expulsable* (recordemos que dicha prefijación de la medida para cada estado constituye el mecanismo ordinario en las dos leyes de peligrosidad, no en los Códigos dualistas –1928 y 1995–, pero incluso en aquéllas decae dicho casuismo con relación a estos sujetos).

3. Cuestiones político-criminales

La expulsión de extranjeros ha sido blanco de las mismas censuras que el resto de herramientas represivas que restringen la libertad de circulación, con una intensidad exponencial en cuanto a la tacha discriminatoria según avanzaban las sociedades de Occidente en el apuntalamiento de derechos

124 Art. 313 PCC 1831.

125 Art. 449 PCC 1831 (“Los vagos que sean extranjeros, serán expelidos del Reino conduciéndolos por tránsitos hasta la frontera; y si volviesen a entrar en él y reincidiesen en la vagancia, se les condenará en la pena de dos a cuatro años de reclusión”).

126 Art. 104 PCC 1834.

127 ACGCP, ses. 12-VI-1845, a. 37, p. 889 (art. 3º, párr. 2º).

128 Sobre vagos y reincidentes, conforme al art. 71 PCP 1884, la facultad expulsoria es gubernativa.

129 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 115 (art. 77).

130 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112 (art. 69).

socio-políticos, pero, a la vez, con un también creciente conflicto por la variopinta problemática que desencadenan las masivas oleadas migratorias desde finales del siglo XX; “mas no obstante sus inconvenientes es ésta una medida penal que puede tener eficacia considerable para proteger el orden y la tranquilidad del país contra las empresas criminales de los extranjeros delincuentes entre los que se hallan peligrosos criminales”¹³¹ –confiaba Cuello Calón–, si bien, en el estado actual de las comunicaciones, ello ya no va a estorbar que el individuo pueda seguir operando en España o en el país que fuere desde un paradero albarráneo. Comoquiera, no sólo no se ha desechado una expulsión de extranjeros que comenzó siendo administrativa e inmotivada, *ab irato*, y ha terminado por ser en su desenvolvimiento judicial un auténtico hervidero de probaturas y casuismos, sino que el legislador, acuciado por múltiples atenciones, persiste con denodado ahínco en la búsqueda de esa piedra filosofal que acierte a combinar la seguridad del Estado y la tranquilidad de la sociedad con una garantía universal de los derechos.

La primera presencia teóricamente elaborada de la sanción expulsiva de extranjeros en un corpus penal articulado la hemos descubierto en el que Sainz de Andino pergeña en 1831, pero no se extraiga de ello que ahí debe datarse su importación o nacimiento, ni siquiera, hacia atrás, en las aplicaciones concretas de 1817 o 1822. Por descontado, tampoco es preciso remontarse demasiado en la Historia a la busca de una confirmación respecto a la naturaleza intuita –restrictiva de la locomotividad–, aspecto que a fin de cuentas interesa más que un origen que debe de estar en las más arcaicas formas de vida social. Cuenta Vilar cómo el conde de Floridablanca, reaccionando con creciente inquietud en la fase terminal del despotismo ante el fenómeno revolucionario francés, se decidía por el cierre de la frontera y, en una escalada de medidas preventivas, so pretexto de implicaciones en la propaganda subversiva, acordaba *sujetarlos a la jurisdicción ordinaria y, en su caso, expulsarlos sin más trámites*. De seguido, quien fuera principal inspirador y ejecutor del extrañamiento jesuita, el conde de Aranda, su sucesor en 1792 al frente del gobierno del país, describió paralela trayectoria: al principio menos medroso ante el peligro insurgente, en consonancia con sus simpatías enciclopedistas y francmasonas, distendió el apremio fronterizo y toleró el retorno de los inmigrantes francos; esta inicial reapertura de aduanas y acogimiento de los expulsados hubo de chocar con el recrudecimiento del ciclo revolucionario ultrapirenaico, bajo cuyo condicionamiento derivaba ya el estadista hacia

131 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 831.

un riguroso control de personas –con la expulsión como uno de sus recursos– y papeles¹³². Sólo saco a colación estos ejemplos con intención ilustrativa de lo que fue la expulsión en tiempos y lo que es en la actualidad: una medida restrictiva de la libertad con miras preventivas, innocuizadoras¹³³, resolutivamente profiláctica o eliminatoria. Además, dicha profilaxis acostumbra a manifestarse en la expulsión con intensidad mayor a la que solía poner el extrañamiento en su punto de mira: con frecuencia sobrarán hasta los indicios y bastará la simple sospecha para desencadenar el lanzamiento de extranjeros. En resumen, se lleve o no a la tabla o catálogo de medios preventivos y a despecho de los confusos tanteos en el terreno de la penalística, este mecanismo ha sido y es una medida de seguridad, así entonces como en los vigentes Código Penal y ordenamiento de extranjería.

132 VILAR, *La España...*, pp. 36-37.

133 Véase CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, pp. 675-676, 680.

VII EL CONFINAMIENTO

1. Introducción

Del mismo modo que la deportación nos trae a la memoria a Garcilaso en su isla del Danubio, aunque hayamos convenido en que más tuvo de confinamiento, éste nos evoca a Quevedo reducido a su señorío de la Torre de Juan Abad¹. Es históricamente la figura del confinado menos frecuente que la del desterrado, aunque no falten los ejemplos memorables de un Averroes confinado en Lucena, antes del escarmiento quevedesco, ni, después de él, por ejemplo, un Bolívar reducido a sus fincas caraqueñas²; y es que el confinamiento no logra desgajarse del destierro matriz hasta el período codificador³: hasta entonces aquél no se entiende sino como modalidad agravada de éste, sin una sustantividad propia, marcada por la conveniencia para el poder de ejercer un mayor control sobre el sujeto: este tratamiento recibe de Nicolás Antonio en su pionero tratado de 1659⁴. En ocasiones, el motivo de confinar en lugar de desterrar parece más bien la necesidad de *aislar* un grave problema de dificultoso afrontamiento: verbigracia, el profesor perpiñanés Leblon nos hablaba en su trabajo sobre los gitanos de la confrontación entre las políticas eliminatorias o expulsivas y las asimiladoras, triunfantes a la postre, pero cuyo basamento –o la resignada renuncia– pasa por la sedentarización *velis nolis*, con la subsiguiente *prohibición de abandonar los lugares de re-*

1 Léase a FRANCISCO de QUEVEDO, “Grandes anales de quince días”, *Obras...*, pp. 570-572.

2 Véase, v. gr., ERNESTO RENÁN, *Averroes y el averroísmo (ensayo histórico)*, pp. 37-44; y GRACIELA SORIANO, “Introducción” a Simón Bolívar, *Escritos políticos*, p. 20.

3 De un lado, atiéndase, para Roma, a MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 415. En el otro extremo del recorrido histórico, una muestra tardía puede ser el real decreto “Concediendo amnistía á cuantos hasta el día hayan pertenecido á sociedades secretas de qualquiera denominacion que fueren, é imponiendo penas á los que continúen en ellas, con derogacion de todo fuero”, de 26 de abril de 1834, en *CLRDO* 1 preliminar., pp. 399-400, art. 4^o.2^a: “[...] serán condenados á sufrir un destierro en el pueblo que el gobierno designare al efecto”.

4 NICOLAIO ANTONIO, *De exilio...*, pp. 61-66.

sidencia bajo pena de presidio o incluso de muerte⁵. La asimilación porta entonces un germen de eliminatoriedad dentro de sí...

Otras veces emergen hesitaciones cualitativas, como cuando las fronteras entre el confinamiento y la reclusión se nos desdibujan intentando descifrar los relatos historiográficos: nuevo caso *literario* lo tenemos, en el siglo XVIII, con el *ostracismo* balear de Jovellanos, donde la nota de insularidad adyacente acerca en principio el castigo al confinamiento, si bien todo atisbo de afflictividad meramente locomotiva acaba por desdibujarse frente a la evidencia de unos caracteres indudablemente reclusorios en el ucuse, si bien con un régimen que hoy daríamos en calificar de *semiabierto*⁶. Todos conocemos la doble acepción de la palabra confinamiento, la aquí encuadrada, en cuanto restricción ambulatoria, y aquella otra que la hace sinónima del encierro o encarcelamiento; esto puede convertirse en fuente de errores interpretativos en los relatos coetáneos e historiográficos, mas también acechará el equívoco, con riesgo de atenerse a la superficial terminología, en alguna disposición o resolución donde se lea que al culpado se le destierra en tal parte o a tal sitio...

2. Ubicación en las escalas penales

Flanqueada por la pena de *prisión en una fortaleza* y por el *destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado*, encontramos dentro de la penalidad del Código de 1822 *la de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado*, décima de las corporales, una sanción admitida en el elenco punitivo sin contrariedad ni contestación alguna de parte de los informantes o de los miembros de las Cortes⁷. Con la regresión del ordenamiento al Antiguo Régimen, sin embargo –según razona Escriche–, “[...] pues que el reglamento de 26 de septiembre de 1835 no la incluye en la enumeración que hace [...] de las penas corporales, es claro que no debe reputarse de esta clase”⁸. El confinamiento ha sido tradicionalmente entendido como una agra-

5 LEBLON, *Los gitanos...*, p. 31.

6 Léase en Gaspar Melchor de JOVELLANOS, “Descripción histórico-artística del castillo de Bellver”, *Obras*, t. III, pp. 45, 51; *id.*, *Diario*, pp. 405-465.

7 Art. 28 CP 1822, décima de las penas corporales, mientras que en PCP 1821 venía introducida por el ordinal 11º de su art. 29 (no se había modificado su posición, sino que corrió el puesto resultante del descarte de la vergüenza pública).

8 ESCRICHE, *Diccionario...*, t. II, p. 199 (respecto a este RPAJ 1835, art. 11, párr. 1º, cfr. nota III/74); la misma cuenta hace ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 197.

vación del destierro, esto es un destierro con señalamiento expreso del lugar donde habrá de cumplirse. Por esta derivación, no aparece nominalmente en los autores del Antiguo Régimen; pero, ya avezados en la moderna nomenclatura penológica, con la experiencia de 1822 presente, sí lo alistan Pacheco y Escriche hacia 1840⁹, La Serna u Ortiz de Zúñiga el año 1843 entre *las penas que, aunque graves, no se reputan corporales*: junto al *destierro de cierto pueblo ó radio sin salir al extranjero*, se coloca el *confinamiento á un pueblo del reino*, más aflictiva¹⁰, igual que estuvo siempre a disposición del juzgador, pero ahora bifurcada ya del destierro matriz.

Algo nebulosamente parecen recibir el confinamiento regular los Proyectos de 1830 y 1834, que únicamente hablan de cierto *confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla*, que sugiere otra cosa diversa del ahora focalizado, mas, puesto que ya cuenta con *la de arsenales, minas y obras públicas*¹¹, bien pudiera interpretarse que en su término posterior se están refiriendo a un auténtico confinamiento insular, distinto tanto de la deportación como de los presidios africanos o los arsenales militares, sólo que no aventura definición alguna de lo que deba ser ese confinamiento que –esto sí está claro– excluye todo punto de la Península como lugar para su ejecución¹²... A la verdad, en la parte especial de los entrambos proyectos no se usa el confinamiento sino a *castillo o fortaleza de una isla*¹³, pero no hay confinamiento sin más a una isla: esto ya es propiamente *deportación a una isla*; baste esto de momento, dándome por emplazado para arrostrar el enredo en el próximo apartado. Aunque Sainz de Andino precave anfibológicamente una *confinación en los presidios de África*, éste sí que acoge luego con transparencia, para delitos comunes, otra *confinación a las Islas adyacentes del Océano o Mediterráneo o a pueblo o comarca determinada del territorio peninsular*, ubicada –en sexto lugar– entre el *extrañamiento*

9 PACHECO, *Estudios...*, p. 290; ESCRICHE, *Elementos...*, p. 237.

10 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 197; GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1843], t. II, p.223.

11 Art. 6 PCC 1830; en el art. 45 PCC 1834 son, una, *confinamiento a castillos y fortalezas o a alguna isla* y, otra, *la de arsenales, minas, deportación y obras públicas*.

12 Parece ser que en 1830 y 1834 no hay supuestos de este confinamiento meramente restrictivo de la residencia que aquí se contempla; no obstante –y sin identificar en ello un confinamiento, apuntando sólo una de sus posibles analogías–, en el segundo Proyecto al vago se le sanciona con el servicio de armas o de obras públicas, “[...] remitiéndolos después a las justicias de los pueblos de su naturaleza” (art. 276 PCC 1834).

13 V. gr., arts. 169 y 230 PCC 1830.

*temporal y el destierro de provincia, distrito o población determinada*¹⁴.
Ahora bien,

Para graduar la mayor gravedad de las penas corporales [...] se observará el orden siguiente:

- 1º. La de trabajos públicos en presidios o arsenales.
- 2º. La de confinación en los presidios de África.
- 3º. La de reclusión en una casa de corrección.
- 4º. La prisión en una fortaleza.
- 5º. Las obras públicas municipales.
- 6º. El servicio forzado en los Cuerpos fijos del Ejército o en los bajeles de guerra.
- 7º. La confinación en puntos determinados de la Península e Islas adyacentes¹⁵.

Parece confirmarse la impresión de que aquel listado enumerativo de las diferentes especies de penas sólo *grosso modo* les iba asignando su orden en este Proyecto de Código criminal de quien había sido, dos años atrás, primer codificador mercantil. A seguido, según lo antevisto, se disipa como tal el confinamiento en el Reglamento de 1835 para la Administración de Justicia¹⁶, no por inexistencia, sino porque, nunca desgajado del destierro en la penología clásica, compartía con éste la nota de no corporal y en él se subsumía, contra lo que el texto liberal había querido introducir; algunas condenas que Lalinde Abadía recoge confirman para estos años tal calidad de subtipo¹⁷: son *destierros* lo que allí se prescribe, pero con indicación de la población o isla en que habrán cumplirse, por lo cual deben pasar a nuestros esquemas descifrados como confinamientos. En 1843, Ortiz de Zúñiga ensaya su sistematización de penas y enumera como más gravosas “[...] las corporales, que son, además

14 Art. 36.2º PCC 1831.

15 Art. 144 PCC 1831. La graduación establecida por este precepto responde a la disposición general sobre la aplicación de las penas del número 142 PCC 1831: “En el caso de que las diferentes penas corporales en que haya incurrido el autor de varios delitos sean todas de tiempo limitado, se le impondrá la más grave en calidad, y por el máximo de tiempo que la ley prefijare, teniéndose los demás delitos por circunstancias agravantes para la imposición del máximo, y sus penas como refundidas en éste. / Esta disposición se entiende sin perjuicio de que se acumulen diferentes penas corporales por un mismo delito o por varios cuando la ley lo determine expresamente”.

16 RPAJ 1835, art. 11.

17 Jesús LALINDE ABADÍA, “Vida forense española (siglos XVIII-XIX)”, *AHDE* 69 (1999), p. 36.

de la capital, la de presidio, obras públicas, destierro del reino [...]”¹⁸; todas las demás parecen mantener una presencia como puciones *de media intensidad*: recaída sentencia definitiva sin contravención grave ni su consecuente condena corporal, pero “no imponiéndose una lijera correccion, ni declarándose la absolucion libre ó de la instancia, es preciso aplicar alguna de las penas que, aunque graves, no se reputan corporales, como son las de confinamiento á un pueblo del reino, destierro de cierto pueblo ó radio sin salir al extranjero [...]”¹⁹, en cuyas palabras reaparece la nunca resuelta cuestión de la naturaleza, corporal o no, de tales castigos; mas lo importante ahora es que este autor, como algún año antes había entendido Escriche, tiene ya el confinamiento, así penalísticamente particularizado desde 1822, por integrante del sistema punitivo en vigor; y no es a título de simple curiosidad: en aquel mismo año repite aparición en los *Elementos* de Gómez de la Serna y Montalbán²⁰.

Pena que, aunque grave, no se reputa corporal, ha dictaminado Ortiz de Zúñiga; y como pución *de media intensidad* acaba de ser interpretada. El confinamiento pudo rebajar su categoría en el siguiente proyecto de codificación penal, el de 1845, en cuyas sesiones preparatorias a cargo de la comisión *ad hoc* se aprobó, contra un primer parecer, su pase de aflictiva a correccional, como primera de esta escala y seguida por la prisión de primer grado²¹: “las aflictivas sólo se podrán imponer por el tribunal superior, y las correccionales por el de 1ª instancia, con lo cual se logra una garantía más de acierto para aquéllas que para éstas y así habrá de colocarse entre las primeras la que merezca mayor detenimiento para su aplicación”²²; las escalas

18 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 198.

19 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 197; registra incluso el *confinamiento á las islas adyacentes* (*ibidem*, p. 200).

20 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1843], t. II, p. 223.

21 En las ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 45), se empieza por poner el confinamiento como duodécima de las penas aflictivas, entre la prisión de segundo grado y la inhabilitación, menos grave, por tanto y en el sentir de los junteros, que cualquiera de las privaciones de libertad; mas, después, se deciden los comisionados por trasladarlo – “[...] y en tal caso será la primera en la escala” – al grupo de las correccionales (*ibidem*, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 [art. 79]; antes, léase *ibidem*, ses. 31-X-1844, a. 13, pp. 569-570, donde se delibera pasar el confinamiento de un conjunto penológico al otro). Por supuesto, el confinamiento figuraba en las BCP 1844, b. 2ª.

22 Reconociendo el terreno sobre el que habían de operar, en ACGCP, ses. 31-X-1844, a. 13, p. 570, quedaba registrada esta intervención, muy aclaratoria, de Seijas Lozano; a mayor abundamiento: “cuando se formó la escala de penas excité a las secciones

graduales hacen del confinamiento cuarto grado de su sección segunda, la de las penas restrictivas de libertad, con el usual acompañamiento de la relegación –temporal– por delante y el destierro por detrás²³. En 1848, la etiqueta *aflictiva* no es que se le devuelva, pues ni tal conceptualización ni su trueque en *correccional* habían superado la fase de propuesta, pero sí que se le reconoce y consolida, de modo que bajo ella se mantenga en los venideros textos de 1850 y 1870. Marca 1848 el punto de partida a la más clásica y duradera codificación del Derecho penal patrio, por sostenerse a través de reformas, revisiones y refundiciones de diverso calado hasta las postrimerías del siglo XX; en aquella ocasión se dio cabida al confinamiento entre las penas aflictivas, pero con doble variedad: el denominado confinamiento *mayor*, duodécima entre la prisión mayor y las inhabilitaciones, y el *menor*, decimonona tras el presidio y la prisión del mismo calificativo y como postrimera de tal tipología aflictiva²⁴ (sólo entre la doctrina síguese usando el patrón de la corporeidad de las penas, en orden a la procedencia de prisión preventiva²⁵). Es un trazado que sólo se repite en 1850, en el Proyecto de Gómez de la Serna y todavía en el Código de la carlistada²⁶, porque en 1870 el confinamiento *menor* desaparece y queda un confinamiento sin adjetivar donde antes se encontraba el *mayor*²⁷ –a juicio de Azcutia, con mal aviso, *para ahondar los vacíos y alargar mas las distancias y siempre en perjuicio evidente de los condenados*²⁸–. Por lo que atañe a las escalas graduales, ya ha sido expuesta con anterioridad su evolución decimonónica hasta consolidarse en el corpus de 1870: ambos con-

de procedimientos a que dijese cuál era su pensamiento acerca de la organización de los tribunales, porque si no la escala de las correcciones no podía menos de ser arbitraria, como quiera que no hay marca que las distinga de las otras. Para establecer su división el legislador únicamente puede consultar ciertas consideraciones prudenciales y como una de ellas, a qué tribunales ha de fiarse su imposición”.

23 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595 (art. 117).

24 Art. 24 CP 1848.

25 En el esolio de ELÍAS, *Aplicación...*, pp. 54-55, de la familia penológica aquí estudiada, se reputan corporales sólo las relegaciones y los extrañamientos, mientras que los confinamientos, el destierro y la sujeción a la vigilancia de la autoridad quedarían como no corporales.

26 Art. 24 CP 1850 y PRCP 1869, art. 23 CPC 1875.

27 Art. 26 CP 1870. En el Proyecto recibido por las Cortes el 30 de mayo la unificación ya estaba hecha, salvo algún que otro lapsus, como en los que habían de ser arts. 29 o 61 CP 1870 (véanse las “Notas” a CP 1870, ed. cit., pp. 49, 56). Asimismo, art. 24 CPCPR 1879, art. 26 PRCP 1880, art. 25 CPF 1884.

28 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 342-343.

finamientos permanecen en 1848 y 1850 entre el extrañamiento temporal y el destierro²⁹; y de 1869 en adelante, igual, sólo que duplicadamente dentro de las dos escalas, tercera y cuarta, que arriba dejo descritas, con un solo confinamiento ya desde 1870³⁰.

Este método es en su esencia el que observa, *mutatis mutandi* –la nomenclatura ha dejado atrás lo aflictivo y lo correccional–, el Código de 1932: el confinamiento es pena grave, novena dentro de la escala general y repetidamente ubicada entre el extrañamiento y el destierro, las otras dos restricciones a la libertad que admite y que asimismo lo flanquean en la tercera gradual, cuyo segundo grado ocupa³¹. Y ahí permanece, atravesando todas las revisiones del Código, a la espera de su desaparición como tal pena en 1995³²: el texto de 1944 apenas varía esta situación, si no es en quedar como décima pena grave por la reintroducción de la capital en la escala, lo cual sortea la revisión del año 1963³³. Sobre la refundición de 1973 y a resultas de su *reforma urgente y parcial* en 1983, que borra del Código los presidios y la muerte, se estaciona como séptima de las graves; por otro lado, mudada la escala gradual de las restrictivas en la segunda, no presenta variación interna³⁴. El Proyecto de 1939 en todo y por todo respeta la consideración tenida por el confinamiento en el Código Penal de 1932³⁵.

Desconocía la pena de confinamiento el Proyecto de Código de Alonso Martínez en su escala penológica³⁶. El de 1884 tampoco lo contiene, ni mayor ni menor ni de clase alguna³⁷; esto se impone palmariamente, mas el análisis no somero de esta falta o carencia pide revisarla paso a paso, porque quizá la novedad no parezca entonces tan revolucionaria... Hago alusión con ello a

29 Arts. 76 y 79 CP 1848, CP 1850 y CPC 1875.

30 Arts. 79 PRCP 1869, y 92 CP 1870. Igualmente, art. 90 CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 91 CPF 1884. Y el dispositivo gradual queda conforme aclara VIADA Y VILASECA, *Código...*, pp. 135-136.

31 Arts. 27 (así, en LBCP 1932, b. 6^a) y 77 CP 1932. Véase PUIG PEÑA, “Confinamiento”, p. 937.

32 Ahora bien, en CPTR 1944 hará la décima pena, por la readmisión de la de muerte, y será ya séptima tras la L. O. 8/1983, que expulsa ésta de la escala, junto a las de presidio.

33 Arts. 27 y 73 CPTR 1944 y CPTR 1963.

34 Art. 27 y, reformado por la dicha L. O. 8/1983, art. 73 CPTR 1973.

35 Arts. 31, 83 y 86 PCP 1939.

36 Art. 32 PCP 1882.

37 Art. 39 PCP 1884.

aquellas alternativas concedidas en la imposición del castigo relegatorio para designar el lugar de su ejecución o cumplimiento: “[...] en Ultramar, en Canarias ó en Baleares”³⁸, lo cual viene a recoger, en sus dos últimas opciones, la realidad tradicional del confinamiento en las islas adyacentes a la Península, toda vez que –con ceñimiento al contenido esencial de las penas, no al accesorio, *a posteriori* evaluable–, quitado que sea el alejamiento ultramarino a la relegación, no queda otra cosa sino un confinamiento, según lo que resulta de la disección de sus elementos aflictivos. Los hermanos Silvela practicaron, pues, una asunción por la pena nominal de relegación sobre el confinamiento en su modalidad insular (la peninsular sí la desecharon de plano, pero conforme a lo que ya tenía probado el Código en vigor³⁹), con las consecuencias nada fútiles del trasvase de circunstancias propias de la relegación a los ámbitos del confinamiento: posible perpetuidad, punición accesoria de superior entidad... Entre los muchos autores que abogaban por la reducción del número de penas, se tenía por cierto que “el confinamiento se puede unir con la relegación por su analogía”⁴⁰. Solitariamente, del Código de Marruecos, desechada la pena de confinamiento, tampoco cabe suponerla engastada en la relegación, pues ésta queda por igual fuera de su escala o panoplia punitiva⁴¹, con lo que este articulado pasa por ser el único que prescinde en absoluto de la restricción *centrípeto* de la libertad.

Saldaña, en su fragmentaria antepropuesta de 1920, fusiona el confinamiento con la relegación para formar las que denomina *penas de deportación*, por él categorizadas entre las de privación de libertad. Esta deportación puede ser cumplida *en las Colonias o en islas adyacentes*, los menos peligrosos en estas últimas⁴², pero sólo deja insinuado que a tales tendría el Código como confinados... Al ponderar el arresto domiciliario, resalta su utilidad punitiva, “[...] completándose con el *arresto local*, siempre facultativo para el Juez, en su forma”⁴³, sin que tal cosa lleve al precepto regulador del arresto en el articulado que prepara⁴⁴, recuperándola luego en las bases

38 Art. 99, párr. 1º, PCP 1882; art. 55, párr. 1º, PCP 1884.

39 Art. 116, párr. 1º, CP 1870.

40 GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 59.

41 Art. 29 CPPM 1914.

42 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 104-105 (arts. 57 y 60 ACP 1920).

43 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 101.

44 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 61 ACP 1920), en donde se limita a aprontar un arresto domiciliario.

de Código⁴⁵; un *arresto local* no se alargaría a más de lo que venía siendo confinamiento.

El corpus penal de 1928 lo coloca en quinta posición entre las otras penas restrictivas de libertad entonces posibles, la deportación y el destierro, las tres detrás de la privación de libertad y antes de las inhabilitaciones⁴⁶, grave o menos grave según se imponga por más o por menos de seis años⁴⁷. Recuperada en 1932 la línea regulativa que partía de 1848, a su margen, pero no de espaldas a ella, el Anteproyecto formulado por la falangista Delegación Nacional de Justicia y Derecho lo situaba entre el extrañamiento y el destierro, así en la extensa escala de penas graves cual en la gradual⁴⁸. Y –postrera extravagancia– como pena *principal*, la penúltima, acoge el confinamiento el Código Penal Militar de 1985, con la particularidad de que las privaciones graves de derechos preceden en su escala a las dos restricciones de libertad incluidas⁴⁹.

Una sima cualitativa se abre entre el extrañamiento y el confinamiento en la sensibilidad del legislador, presumible eco de la sociedad a la que otorga leyes: las diferencias que separan una de otra pena son considerables. En la primera y en la deportación el condenado *desaparece* de su comunidad de origen, con amplitud entendida; el confinado, aunque bajo castigo, queda dentro de ella: puede haber apartamiento, sí, pero éste se produce dentro de la propia sociedad a la que el condenado pertenece, quien, si así puede decirse, no sale del medio ambiente que le es propio. Incluso el excéntrico doctor Albiñana recibía autobuses de adeptos en su rinconada jurdana⁵⁰..., y Jiménez de Asúa se consuela ante la perspectiva de conocer el país merced al *acto de incivilidad* que se dispone a encajar⁵¹: las Hurdes podrán estar deplorablemente comunicadas, las Canarias o las Chafarinas podrán quedar fuera del núcleo peninsular, pero siguen siendo España; por supuesto, no lo es el extranjero para el extrañado, pero íntimamente tampoco las Filipinas o Guinea para el relegado... Estas valoraciones, muy subjetivas, pero a la par, muy generales, tienen

45 PLB 1921, b. 16.

46 Arts. 87 CP 1928 y 90 PCP 1927.

47 Art. 89, en conexión con el 108, párr. 4º, CP 1928 (arts. 92 con 112, párr. 4º, PCP 1927).

48 Arts. 27 y 65,1º AFCP 1938.

49 CPM 1985, art. 24.1º.

50 José María ALBIÑANA, *Confinado en las Hurdes (una víctima de la Inquisición republicana)*, pp. 87-92, v. gr.

51 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, p. 129.

que ver con el sentido de pertenencia a una determinada comunidad y hallan su reflejo en la escala de penas: mientras el extrañamiento acostumbra a permanecer todavía en los lugares altos, como pena con el marchamo de rigurosa (expeditivamente eliminatoria, duradera...), el confinamiento, aunque categóricamente tal vez pueda entrar en el grupo de las graves, es pena considerada ya como de las menos afflictivas o severas para el reo. En 1822 formó junto a las corporales, sí, pero la penúltima, sólo seguida ya por el destierro; Sainz de Andino la graduaba como última de las corporales en cuanto a gravedad. En los trabajos codificadores de 1845, con nueva terminología, no se propuso entre las afflictivas, sino como correccional; aunque el Código de 1848 la recondujese a la primera categoría, vuelven a ser muy indicativas las posiciones de las dos modalidades que se crean, el confinamiento *mayor*, sucedido por las inhabilitaciones, y el *menor*, última pena de esta tabla. La refundición de ambos confinamientos en uno solo, operada por el corpus de 1870, consolida su puesto entre los encierros *afflictivos* y las restricciones de derechos. En el de 1928 puede ser pena grave o menos grave según se alargue su duración. Desde 1932, definitivamente adoptada la clasificación de las penas en graves o leves, será de las primeras, pero sin mudanza en su ubicación relativa. Únicamente adquiere mayor consideración afflictiva cuando por algún proyecto de Código (1884, 1920) se le insiere el contenido relegatorio; y también como singularidad hay que sopesar el hecho de que se prescinda de su concurso en la escala penal por el Proyecto de 1882 y el Código marroquí de 1914. El confinamiento como tal pena nominal hoy sólo existe en la esfera de la justicia militar.

3. Definiciones legales

Con sentimental criterio se expresa Pérez Mateos: “[...] el confinamiento es como una cárcel en cuanto significa una pérdida de la libertad, pero una cárcel en la que los rastrillos no existen, ni tampoco los candados, ni la soledad de una celda. La claustrofobia queda sustituida por una amplitud de espacio, por un horizonte –muchas veces el mar–, por un término municipal que, en numerosas ocasiones, lo marca una sierra o un rastrojo castellano”⁵². Sin embargo, no es la noción vulgar la pertinente ahora, lo es la estrictamente técnica, una noción no que recogen las leyes, sino por ellas establecida, pues, constitutivas, antes que fedatarias de un significado, descubren su fuente misma.

52 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 15.

El punto de partida radica en cómo perfila el Código del Trienio este medio de punir, cargándolo con ciertos caracteres requirentes de un posterior análisis de lleno en cuanto conformadores de la pena –en este sentido, pudiera decirse circunscrita– de *sujeción a la vigilancia especial de las autoridades*:

El reo sentenciado á confinamiento en un pueblo ó distrito determinado no podrá salir de este y de sus arrabales, y tendrá obligación de noticiar á la autoridad local su habitación y modo de vivir⁵³.

Esto congloba el contenido básico y no discutido de su regulación, no afectado por la controversia, que sólo apareció, a vueltas con el sistema de gradación y proporcionalidad punitiva, al tratar el resto del precepto, aunque con tan poca utilidad práctica como se verá ante los casos para los que se concibe esta corrección penal en el primero de nuestros Códigos⁵⁴. Saltamos de él al Proyecto *Sainz de Andino*, en donde, con notable pormenorización del aspecto territorialmente restrictivo, introduce:

A los que fueren confinados a las Islas adyacentes del Océano o del Mediterráneo se les prefijará por la autoridad civil de la Isla el pueblo en que hayan de fijar su residencia, del cual no podrán separarse sino con permiso de aquélla para pasar a otro punto de la misma Isla.

Lo mismo se observará con los que tengan su confinación para alguna provincia, partido o comarca, entendiéndose con la autoridad civil superior del distrito de la confinación la facultad de fijar el punto de residencia del confinado y de permitirle circular dentro del mismo distrito⁵⁵.

Pero la de Sainz de Andino nacía entre otras dos propuestas, una de las cuales también le tenía por mancomunado artífice. Ese Proyecto de la Primera Junta codificadora, la creada en 1829, ubica el confinamiento en su caótico precepto dedicado a las penas corporales con insólito enunciado por su mezcla de heterogéneas puniciones:

A las corporales pertenecen la de muerte, la de argolla, la de arsenales, minas y obras públicas; la de extrañamiento del Reino, la de confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla, la de destierro y la de reclusión⁵⁶.

53 Art. 72 CP 1822 (proviene del 75 PCP 1821).

54 Cfr. notas VII/284 y VII/331.

55 Art. 82, párrs. 1º y 2º, PCC 1831.

56 Art. 6º PCC 1830.

Así, con esa consignación, *confinamiento a castillos, fortalezas o a alguna isla*, pasará al texto de 1834⁵⁷; a nosotros nos corresponde discernir donde el codificador no lo hace y entresacar la institución ahora interesante, el *confinamiento temporal o perpetuo a alguna isla*, como la sola posibilidad verdaderamente restrictiva y no privativa de la libertad de movimientos, la única cuyo cumplimiento consiente la llevanza de una vida en régimen de libertad dentro de los *confines* de aplicación. No es tan sencillo, sin embargo: si la desprevenida lectura de esa especie de batiburrillo de penas ya llena de confusión, ésta luego no hace sino acrecentarse cuando se profundiza en el articulado concomitante. El confinamiento en castillo o fortaleza sólo aparece determinado alternativamente para injurias graves⁵⁸, el confinamiento en una isla nada más que para el robo de rentas reales por sus depositarios, pero este exclusivo supuesto concluye en una coda desconcertante: “serán confinados por diez años a una isla reclusos en una fortaleza”⁵⁹, lo que nos coloca de súbito ante una realidad diversa de la presumible de acuerdo con la etimología y, sobre todo, con la institución histórica del confinamiento: éste, en la mente de los redactores del Proyecto de 1830, pudo tener naturaleza privativa, y no meramente restrictiva, de libertad. Empero, Proyecto adelante, la regulación de los traslados en su parte procedimental, por el contrario, parece pensar también en el confinamiento en una isla sin más encierro que el de sus costas, o sea sólo restrictivo de libertad ambulatoria⁶⁰. De lo que también hay alguna traza es de que parte del contenido gravoso que el confinamiento histórico proporcionaba pudo injertarse en la pena que se esculcará a continuación, esto es dentro de la parcela de libertad que al desterrado se restringe: si otra cosa no, al menos una sujeción a la vigilancia de la autoridad se estaba trasvasando del confinamiento al destierro, según se manifiesta en las obligatorias notificación y autorización –un pasaporte, más condicionado que el ordinario de cualesquiera viajeros– para cada vez que el sujeto deseara moverse a través del territorio no vedado por el destierro⁶¹. El Proyecto de

57 Art. 45 PCC 1834.

58 Art. 169 PCC 1830.

59 Art. 230 PCC 1830.

60 Arts. 723 a 732 PCC 1830.

61 Reza el art. 735 PCC 1830: “En el pasaporte se señalará la ruta o término para hacerla: se presentará al Juez local del punto en que se fije; y recogido por éste, le dará los que pida por cierto tiempo para cualquier punto que no esté dentro del radio de que ha sido desterrado”; asimismo, art. 798 PCC 1834. También esto requerirá su matización (de momento, cfr. nota VIII/120).

1834 palía en algo este despropósito: por ejemplo, a los depositarios de rentas reales que las distrajeran los corrige con una porción de años *de obras públicas, castillo o fortaleza*⁶², sin sombra de confinamiento en sentido técnico. Empero, a trueque de ello y rizando el rizo de la confusión, aparece cierta deportación a algún castillo, isla o fortaleza⁶³... Pese a ello, la imprecisión sigue existiendo y no se alcanza si el confinamiento ideado pudo ser ya restrictivo, ya privativo de libertad, o acaso dual... De atender al castigo de los tipos delictivos, es claro que no hay restricción confinatoria sin más, pero tampoco el Código de 1822 la tiene, a despecho de su enunciado en la escala general; y, en fin, ha desaparecido también el confinamiento reclusorio de 1830 en la punición concreta de los delitos. Tras tales elucubraciones, es ya de agradecer el esfuerzo descriptivo desplegado por los integrantes de la comisión codificadora creada en 1843, para quienes, recuperada la cartesiana claridad (pero obviando el factor vigilante),

El confinamiento se sufrirá residiendo el penado en el punto que se le señale en su condena sin poder salir de él durante ésta⁶⁴.

El Código de 1848 debe deslindar su invención de la doble modalidad de confinamiento, mayor y menor, y lo hace en atención al alejamiento geográfico que comportan suficiente claridad sobre el confinamiento:

Los sentenciados á confinamiento mayor serán conducidos á un pueblo ó distrito situado en las Islas Baleares ó Canarias, ó á un punto aislado de la Península, en el cual permanecerán en plena libertad bajo la vigilancia de la Autoridad⁶⁵.

El sentenciado á confinamiento menor residirá precisamente en el punto que se le señale en la condena, del cual no podrá salir durante esta sin permiso del Gobierno por justa causa. / [...] El confinado estará sujeto á la vigilancia de la Autoridad⁶⁶.

Las novedades intentadas por el Proyecto *Gómez de la Serna* reducíanse a eliminar la alternativa del punto aislado de la Península en el confi-

62 Art. 381 PCC 1834.

63 Art. 795 PCC 1834.

64 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 72, párr. 1º).

65 Art. 107, párr. 1º, CP 1848, idéntico en CP 1850 y, reenumerado como 103, párr. 1º, CPC 1875.

66 Art. 108, párrs. 1º y 3º, CP 1848, con la misma literalidad que en CP 1850 y que el 104, párrs. 1º y 3º, CPC 1875.

namiento mayor⁶⁷. Su consecuencia positiva, el Código de 1870, desembarazado de la distinción entre un confinamiento *mayor* y otro *menor*⁶⁸, acepta dicha exclusión del confinamiento peninsular y pasa a expresarse en los siguientes términos:

Los sentenciados á confinamiento serán conducidos á un pueblo ó distrito situado en las islas Baleares ó Canarias, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad⁶⁹.

El confinamiento así decantado en 1870 aparece como exclusivamente isleño, lo que, entendido como demasiado autolimitativo, querrá enmendarse por el siguiente corpus promulgado sin especialidad territorial, el de 1928, dando entrada a las otras posibilidades a disposición gubernamental: la peninsular y la norteafricana. Antes, en las Antillas españolas,

Los sentenciados á confinamiento serán conducidos á un pueblo ó distrito situado en las islas inmediatas, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad⁷⁰.

Y en las islas Filipinas, el otro enclave colonial o ultramarino que corre de punta a punta el siglo XIX:

Los sentenciados á confinamiento serán conducidos á un pueblo ó distrito situado desde 30 á 300 kilómetros del punto en que se haya cometido el delito, y allí permanecerán en completa libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad⁷¹.

No hay confinamiento entre las penas de restricción de libertad presentes en los Proyectos de Código de 1884 o de 1902, pero entrambos acogen relegaciones en las islas adyacentes que permiten entender que lo acontecido es una subsunción de penas⁷². El anteproyecto de reforma pergeñado por

67 Art. 107, párr. 1º, PRCP 1869.

68 Véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 342-344.

69 Art. 116, párr. 1º, CP 1870; igual, en art. 113, párr. 1º, PRCP 1880. El art. 3º.6ª del Decreto de 5 de diciembre de 1870 cit., corroboraba: “Los condenados á confinamiento serán destinados á las islas Baleares ó Canarias, en los pueblos que designen las sentencias”.

70 Art. 114, párr. 1º, CPCPR 1879.

71 Art. 114, párr. 1º, CPF 1884.

72 Arts. 39 y 55, párr. 1º, PCP 1884. Arts. 35 y 54, párr. 1º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, pp. 53, 571.

Saldaña define conjuntamente la deportación en sus tipos relegatorio y confinatorio: simplemente, “los menos peligrosos serán conducidos a un pueblo o distrito situado en las islas Baleares o Canarias”⁷³; no parece necesario repetir de nuevo los preceptos ya insertos cuando se vio la deportación. A poco, la idea, en suma, que del confinamiento tenía el legislador de 1928 y que arriba dejó anticipada, se condensaba en esta cláusula:

Los condenados a confinamiento serán conducidos al punto o localidad de la Península, Islas Baleares, Canarias o Norte de Africa que el Tribunal designe, en el cual permanecerán en completa libertad, pudiendo dedicarse bajo la vigilancia de la Autoridad al ejercicio de su profesión, arte u oficio, si no hubieren sido suspendidos en ellos⁷⁴.

1932 supone también en este punto el rescate de la fórmula de 1870, sólo que admitiendo el confinamiento peninsular que allí se había dejado fuera:

Los sentenciados a confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la península o en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la autoridad⁷⁵.

Con una mínima modificación –en 1963 la *completa libertad* pasa a ser simple *libertad* sin adjetivar⁷⁶–, tal es el precepto que desaparecerá en 1995 con la totalidad del Código, repitiéndose su fórmula en el Proyecto franquista de 1939⁷⁷; en cuanto al otro texto que no superó la fase de gestación, puesto que habría de resurgir ahora la fusión o confusión falangista operada entre la relegación y el confinamiento, tráigase acá lo considerado al analizar aquel castigo⁷⁸. Escasas singularidades cabe subrayar en la definición de una pena que transita por su etapa codificada con la apenas quebrada consignación de dos componentes medulares: la permanencia en libertad dentro de un punto o radio determinado y la vigilancia gubernativa sobre esa vida libre en que se deja al condenado.

73 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 3º, ACP 1920).

74 Arts. 176 CP 1928 y 191 PCP 1927.

75 Art. 90, párr. 1º, CP 1932, reconvertido en 87, párr. 1º, CPTR 1944.

76 Art. 87, párr. 1º, CPTR 1963 y CPTR 1973.

77 Art. 100, párr. 1º, PCP 1939.

78 Art. 82, párr. 1º, y art. 81, párr. 2º, AFCP 1938. Cfr. notas IV/117 y IV/118.

4. Contenido punitivo

A] Contenido esencial

a) El vedamiento territorial

La interdicción del territorio en el Proyecto y el Código del *Trienio*, sin enmienda de uno a otro texto, se circunscribe a pueblo ó distrito determinado: el confinado “no podrá salir de este y de sus arrabales”⁷⁹. Sin embargo, tal caracterización del punto delimitable en contraposición al vasto territorio vedado no estuvo en todo momento tan clara para el novicio legislador liberal. Una de las disposiciones de mayor relieve emanadas de las Cortes del Trienio fue la Ley de 17 de abril de 1821, en la que “se establecen las penas que habrán de imponerse á los conspiradores contra la Constitucion é infractores de ella”; según el objeto enfocado, conviene fijarse en su recurso a la pena de *expelimiento de España o expulsión del territorio de la Monarquía* (asimilable al luego codificado *destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español*) y a la de *confinamiento en algun pueblo de las islas adyacentes, bajo la inmediata inspeccion de las respectivas Autoridades civiles*⁸⁰. Pues bien, pese a su inspiración en esta ley a la hora de afrontar los delitos políticos⁸¹, el Código Penal de 1822, rectificando en algo la eliminatoria punición⁸², va a prever poco más de un año después la pena de *confinamiento en un pueblo ó distrito*

79 Art. 72 CP 1822, el 75 PCP 1821.

80 Ley de 17 de abril de 1821, arts. 3º y 7º; con la Orden por la cual “se encarga al Gobierno proceda á la solemne promulgacion de la ley que antecede sancionada por S. M. en 26 del corriente, publicada hoy en las Córtes”, de 27 de abril de 1821, en *CDOGC* 7, p. 45. Tras la *Sargentada* de La Granja, es restablecida aquélla por Real Decreto “sobre imposición de penas á los conspiradores contra la Constitucion y el trono de Isabel II”, de 30 de agosto de 1836, en *CLRDO* 1, p. 39, aunque véase FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 168. Sus recuperaciones como instrumento represor de la delincuencia política se perpetuaron durante casi medio siglo, hasta la Ley de Orden Público de 1867 (cfr. nota IV/1188) y aun después (*ibidem*, pp. 180-181, 224-225).

81 Esta Ley del 17 de abril de 1821 inspiró buena parte del Título I (“De los delitos contra la Constitucion y orden político de la Monarquía”) de la Parte Primera (“De los delitos contra la sociedad”) del Código, con constatación de FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 88.

82 Atiéndase a Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*, p. 101.

*determinado*⁸³: por lo tanto, sin la necesaria insularidad de la precedente ley, ahora, una opción más en la pena codificada⁸⁴. Una exigencia en la única aplicación del confinamiento, como subsidiario de la pena de dar fianza, habrá de tenerse como regla general precisamente por no haber otra previsión punitiva: “podrá ser confinado [...] donde pueda trabajar”⁸⁵.

Pasando al Proyecto de 1830, si convenimos en que el codificador pretendía establecer ciertamente, aunque no se sirva luego de él, un confinamiento técnico con la figura aquí apartada –aquel *confinamiento temporal o perpetuo [...] a alguna isla*–, habremos de saludarla como la aparición del tipo insular que tendrá alguna fortuna en sucesivos corpus, con igual exclusividad que éste exhibe al prescindir de su desenvolvimiento peninsular⁸⁶. Entremedias de este texto y su rebrote posterior, pone Pedro Sainz de Andino en primer lugar la confinación isleña, sea en *las Islas adyacentes del Océano o del Mediterráneo*, para describir a continuación otra localizable en *alguna provincia, partido o comarca*: en ambos casos concede a la autoridad civil superior, dentro de cada isla o distrito, la facultad de fijar el punto de residencia del confinado y de permitirle circular dentro de dicha zona; es más: “cuando la sentencia de confinación tenga pueblo determinado no podrá el reo ausentarse de la población en ningún caso, durante el tiempo de la condena”⁸⁷, lo cual incluye el caso de mayor concreción confinatoria, el *pueblo determinado*, porque pudiera no tenerlo, mas siempre llevaría entonces señalada una isla, una provincia, un partido o una comarca como vedamiento territorial, cuya carencia desmentirá aquella nominación para transparentar un destierro. No se comide el Proyecto de 1845 a la fórmula general de que “[...] se sufrirá residiendo el penado en el punto que se le señale en su con-

83 Váyase a los arts. 28 y 72 CP 1822 (29 y 75 PCP 1821).

84 Por otra parte, los aducidos artículos del Decreto de 1821, al pasar al Código, pierden su punición confinatoria: se plasman en su seno sin substanciales retoques, como no sea precisamente el de sustituirse los dos confinamientos primigenios por prisión en una fortaleza de las islas adyacentes y por prisión carente de cualquier especificidad (arts. 210 y 212 CP 1822).

85 Art. 79 CP 1822 (el 82 PCP 1821 no contiene confinamiento subsidiario a la fianza).

86 Arts. 6º PCC 1830, 45 PCC 1834. No traía novedad esta asignación isleña: si vamos hasta Roma con MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, p. 415, veremos nacer en ella este confinamiento no ejecutable *en parte alguna de la tierra firme*.

87 Art. 82 PCC 1831; cfr. nota VII/55.

dena sin poder salir de él⁸⁸, en la cual notamos que rehuye cualquier discriminación al uso sobre destinos peninsulares, adyacentes o ultramarinos; y tampoco le basta con estatuir que

El lugar del confinamiento será al menos de diez leguas de distancia del punto en que se cometió la infracción y del de la anterior residencia del condenado⁸⁹.

Aún se alarga a otras previsiones repercusivas sobre el acotamiento territorial a que este correctivo penal somete al reo:

El confinado no podrá salir por causa alguna del punto que le esté señalado, sin licencia de la autoridad civil de la provincia por justa y necesaria causa, y dando cuenta al Gobierno, el que cuidará del cumplimiento de la condena⁹⁰.

La sensibilidad respecto a las necesidades atendibles en el sentenciado ofrece un grado más en la flexibilización de las condiciones que lo constriñen, pero no es su contenido notorio lo más relevante dentro del precepto, sino la probabilidad de que la determinación del punto de destino corresponda en todo caso al poder ejecutivo y no al judicial:

El sentenciado a confinamiento podrá obtener del Gobierno nuevo señalamiento del lugar en que extinguir la condena, guardándose en él las circunstancias prevenidas en el artículo precedente⁹¹.

Si es el gobierno la instancia que puede variar el punto de ejecución, parecería lógico entender que asimismo él hubiera de ser el que en un primer momento fijara el paraje que, ya en curso la condena y mediando *justa y necesaria causa*, pide sustituir el reo. Entonces, el juzgador se habría ceñido a la sola condena del inculpado, imponiéndole el confinamiento previsto en la ley sin adentrarse a concretar el sitio en que lo cumplirá, igual que tampoco decide el establecimiento penitenciario en el cual sufre su privación de libertad quien ha resultado sentenciado a una reclusión. Tal venía siendo la usanza precedente, correspondiendo al órgano judicial la imposición del castigo y el señalamiento temporal, mientras que a la autoridad ejecutiva se le atribuía el escogimiento del lugar: “[...] un destierro en el pueblo que el gobierno

88 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 72, párr. 1º).

89 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 72, párr. 2º).

90 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 74).

91 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 73).

designare al efecto, y por el tiempo que se haya fijado en la sentencia”⁹². Los *riesgos* o *tentaciones* que implica esta opción paran en dar *margen á poder emplear extremada severidad ó extremada indulgencia* por parte de la administración ejecutiva⁹³. El Código de 1848 va a reconducir en principio al ámbito forense la elección del lugar de cumplimiento, pero sólo en cuanto al confinamiento menor, ejecutable precisamente *en el punto que se señale en la condena*, en tanto que para el mayor queda sin explicitar, lo que unido a la facultad gubernamental de destinar al confinado al servicio de armas⁹⁴, avalaría la exclusiva competencia administrativa en la ubicación, aunque esto no case muy bien con la cautela o garantía del confinamiento menor ni parezca meditado a conciencia, pues suele entenderse que, a superior gravedad, se eleva un riesgo de abusos sobre el reo que debe contrapesarse con otro aumento de garantías o al menos sin mermárselas. Así pues, los sujetos desde 1848 a confinamiento mayor, “[...] conducidos á un pueblo ó distrito situado en las Islas Baleares ó Canarias, ó a un punto aislado de la Península”, en él “[...] permanecerán”⁹⁵, mientras que quien, por su sentencia, lo cumpla en la clase *menor*, “[...] residirá precisamente en el punto que se le señale en la condena, del cual no podrá salir durante esta sin permiso del Gobierno por justa causa”⁹⁶; claro es que dicho punto va a tener una aflictividad –pero también aquella incoherente garantía⁹⁷– muy rebajada con relación a la que padecen los *aislados*, los confinados del tipo *mayor*:

El lugar del confinamiento distará al menos diez leguas del en que se hubiese cometido el delito, y del de la anterior residencia del sentenciado⁹⁸.

Pacheco describe esta pena como *prision sin cerrojos, una cárcel extendida por un pueblo, en vez de estar reducida á un edificio*, y cifra en la intensidad del constreñimiento territorial buena parte de las desemejanzas entre el confinamiento menor y el mayor, revelada aquélla en un doble aspecto que puede ser “de lugar: el primero puede ser próximo al domicilio del

92 R. D. de 26 de abril de 1834 cit., art. 4^o.2^a.

93 Considerando el Derecho de Roma, adviértelo MOMMSEN, *Derecho...*, t. II, p. 422.

94 Arts. 107 y 108, párr. 1^o, CP 1848 y CP 1850; art. 103 y 104, párr. 1^o, CPC 1875.

95 Art. 107, párr. 1^o, CP 1848 y CP 1850; art. 103, párr. 1^o, CPC 1875.

96 Art. 108, párr. 1^o, CP 1848 y CP 1850; art. 104, párr. 1^o, CPC 1875.

97 Cfr. nota VII/99.

98 Art. 108, 2^o párr., CP 1848 y CP 1850; art. 104, párr. 2^o, CPC 1875.

reo, con tal que esté a diez leguas, y el segundo debe ser remoto, hasta en las islas Baleares o Canarias. [...] De facilidad de salir: en aquél puede concederla el gobierno por justa causa, y en éste no le es permitido”⁹⁹. Ello le lleva a formular cierta *advertencia* que llama la atención sobre una directriz del confinamiento consolidada desde aquí –con una redacción u otra, pero con esta esencia– en los Códigos venideros: que la ley entregue a los tribunales la plena facultad para señalar el sitio de confinamiento no significa que aquéllos puedan conducirse en tal designación sin regla ni límite alguno; antes, “[...] deben considerar qué clase de persona es a la que sentencian, qué modo de vivir tiene, en qué oficio o profesión se ocupa, para no destinarle sino a donde puede encontrar recursos y ocuparse útil y fructuosamente. Lo contrario sería una inhumanidad, una injusticia”, de tal suerte que “lo que la ley no puede fijar, la prudencia de los tribunales debe considerarlo”¹⁰⁰, siempre con el norte de evitar recargar en lo judicial la *capacidad afflictiva* tasada por la ley¹⁰¹. En suma, bajo este régimen de 1848-1850, la confinación o restricción centrípea puede hacerse en Ultramar, y será relegación, o en las islas adyacentes y pueblos aislados de la Península, en cuyo caso habrá confinamiento, aunque fuera de los foros jurídicos el uso de estos términos parece ambivalente y lo mismo se habla de un *confinado* en realidad *relegado* que de un *relegado* cuya exacta calificación legal es la de *confinado*, más la distorsionadora pervivencia del término *deportado* (y, con mayor laxitud, hasta se lee llamar *desterrado* al protagonista de uno y otro supuesto). Así, por ejemplo, cuando el militar y político federalista Nicolás Estévez se refiere a la conspiración unionista de 1868, en cuya represión “[...] se detuvo en provincias a otros generales. Todos fueron poco después deportados a Canarias”¹⁰². Poco antes del cambio de Código Penal, la ya citada Ley de 1869 “para el planteamiento de un buen sistema penitenciario” asentaba entre sus bases, sin más discriminar entre las sanciones punitivas abrazadas, sino haciendo mesa revuelta, que

99 PACHECO, *Estudios...*, p. 297; *id.*, *El Código...*, p. 461. Véase CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 140, 226. Por lo demás, se viene a las mientes la regulación romana, la cual tan sólo *in via di grazia* –en palabras de FERRINI, *Diritto...*, p. 157– permitió abandonar el lugar asignado por la sentencia.

100 PACHECO, *El Código...*, pp. 461 y 462. Coincidentes con él, algunos otros exégetas, como GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 178, advierten ante el mismo peligro.

101 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 91.

102 ESTÉVEZ, *Mis memorias*, p. 148. Véase ALVARADO PLANAS, “La Sección...”, p. 173.

Las penas de cadena temporal, presidio, prisión y confinamiento mayores se cumplirán en los establecimientos de las islas Baleares ó Canarias, en la plaza de Santoña ó en los arsenales de la Carraca, el Ferrol y Cartagena¹⁰³.

Nada proponía esta ley de bases como destino en el confinamiento menor, librado así del desmán penitenciario para correr sin desvío de su curso natural. De todas formas, ya del Código de 1870 es la refundición de los dos confinamientos preexistentes en una figura única, así como el rechazo propuesto en 1869 a la opción del confinamiento peninsular¹⁰⁴: pudiendo a partir de él ser “[...] conducidos á un pueblo ó distrito situado en las islas Baleares ó Canarias”¹⁰⁵, suprime la ponderación que su precedente hacía del lugar del delito y de la residencia del reo¹⁰⁶, pero hace suyas las reflexiones que hemos leído hacer a Pacheco acerca del *modus vivendi* del confinado, según fórmula de 1869¹⁰⁷:

Los Tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión ó modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia¹⁰⁸.

No ayuda demasiado al intento la exclusiva insularidad que simultáneamente se innova, ésa por la que –en amarga reflexión de Ricardo de la Cierva–, “[...] no se confinaba a las personas, sino a las Canarias”¹⁰⁹ o a las Baleares. Con toda evidencia, y más desaparecida ya la bicefalia del confinamiento, *el señalamiento del punto* corresponde sin ambigüedad a los tribunales. Tal regulación ocupacional pasa por todas las posteriores versiones de este articulado¹¹⁰, incluso el Anteproyecto de Saldaña (para esas *penas de deportación* suyas que abarcan relegación y confinamiento) y el Proyecto de 1939¹¹¹,

103 Ley de 21 de octubre de 1869 cit., b. 9^a.

104 Art. 107, párr. 1^o, PRCP 1869.

105 Art. 116, párr. 1^o, CP 1870, repetido por 113, párr. 1^o, PRCP 1880.

106 Véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 440.

107 Art. 107, párr. 2^o, PRCP 1869.

108 Art. 116, párr. 2^o, CP 1870. Ojéense los ejemplos de VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 155, y PACHECO, *El Código...*, p. 461.

109 Ricardo de LA CIERVA, “Prólogo” a Pérez Mateos, *Los confinados...*, p. 14.

110 Arts. 114, párr. 2^o, CPCPR 1879; 113, párr. 2^o, PRCP 1880; 114, párr. 2^o, CPF 1884; 90, párr. 2^o, CP 1932; u 87, párr. 2^o, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

111 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 4^o, ACP 1920); art. 100, párr. 2^o, CP 1939.

no así el aspecto territorial, recuperada la posibilidad de confinar dentro de la Península en 1928 y en 1932 para lo sucesivo¹¹². Preciso es resaltar antes de pasar con ello las dos especialidades territoriales de las leyes de Ultramar, actuantes cabe el Código de 1870: islas inmediatas a Cuba y Puerto Rico¹¹³ o alejamiento “[...] desde 30 á 300 kilómetros del punto en que se haya cometido el delito” en las Filipinas¹¹⁴. La *reapertura* de la Península –decía– procede de ordenaciones extravagantes a la codificación tradicional de 1848, mas lograrán encajar este influjo en ella: primero, las muy embrionarias bases de Saldaña dejaban descrito un confinamiento “en cualquiera localidad del territorio nacional”¹¹⁵; luego, en el Código Penal primorriverista el vedamiento territorial comprenderá el resto del país tomando como epicentro confinatorio no sólo cualquier punto peninsular o insular adyacente, sino también la franja norteafricana de España, tan de actualidad por aquel entonces¹¹⁶. Las pautas para su determinación ofrecen, junto a la consabida atención al oficio, profesión o modo de vivir, alguna novedad de particular relieve, cual es la fijación de un mínimo de distancia entre el destino de confinamiento y otros dos puntos cuya interdicción conecta sin duda con finalidades precautorias¹¹⁷:

[...] El Tribunal en cada caso, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrá en cuenta el oficio, profesión ó modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda atender á su subsistencia, pero habrá de ser siempre á más de 250 kilómetros de distancia del lugar en que se hubiere cometido el delito, y del en que el reo tuviere su residencia habitual, si fueren distintos¹¹⁸.

Esta ideación, cuyo espíritu ya hemos visto actuante en el Código fili-

112 Arts. 176 CP 1928 y 191 PCP 1827; arts. 90, párr. 1º, CP 1932; u 87, párr. 1º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973. La “Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar” en *BOE* nº 92, de 18-IV-1989, disp. 8712, pp. 11118-11157, art. 362, dispone en relación con el confinamiento del CPTR 1973 que “cuando se impongan por los órganos judiciales de cualquier jurisdicción penas de destierro o confinamiento a un militar no profesional, el órgano judicial que haya de ejecutar la sentencia interesará del Ministerio de Defensa el destino que al mismo corresponda”.

113 Art. 114, párr. 1º, CPCPR 1879.

114 Art. 114, párr. 1º, CPF 1884.

115 PLB 1921, b. 16.

116 Arts. 176 CP 1928 y 191 PCP 1927.

117 Repárese en que falta en el art. 90 CP 1928 una medida de contenido confinatorio, ya presente a poco en el art. 4º.5ª LVM 1933.

118 Arts. 176 CP 1928 y 191 PCP 1927.

pino, supone combinar o, por mejor decir, insertar elementos del destierro en la institución del confinamiento, que surge así híbrida y nuclearmente agravada, puesto que de ahí atrás nada estorbaba, en principio, a que el punto de cumplimiento señalado por los tribunales coincidiese con el del domicilio del reo: tal opción, tácitamente consentida por el Código de 1870¹¹⁹, se practicase o no, queda vedada en 1928 por expresa voluntad de la ley. Se mantiene en 1932 –adelantaba antes– la apertura de la Península al confinamiento recibida del Código *sediciente o faccioso*, consolidándose con tales coordenadas¹²⁰. Ya bajo el imperio de la Constitución de 1978, una caracterización espacial de la pena procedente de 1870, y aun de 1848, no podía tenerse ya por apropiada y eficiente cuando habían desaparecido las categorías de *pueblo o distrito* en la ordenación del territorio: censurando la desidia legislativa que supone el haber dejado anquilosarse la codificada descripción, refleja Landrove la coincidencia de los especialistas en entender hecha la referencia al *término municipal*¹²¹. Realiza además una interesante observación que, *mutatis mutandi*, prestaría al confinamiento una fisonomía aledaña –o intermedia– al arresto domiciliario y a la linajuda fórmula de darse o tener la ciudad por cárcel¹²²: “dada la amplitud de la fórmula utilizada por el legislador, no parece existir obstáculo técnico alguno para que el confinamiento se realice en el lugar del propio domicilio o residencia habitual del penado”¹²³; no faltan ejemplos que alegar de esta variante¹²⁴ que Bentham llama *cuasi-prisión*¹²⁵.

El Código de la Segunda República había acatado el viejo dictado del de la Primera sobre *el oficio, profesión o modo de vivir del sentenciado*¹²⁶, lo cual pasa a ulteriores revisiones, pero ya en 1944, simplemente *por corrección de estilo*¹²⁷, un *atender a su subsistencia* extraído del Código del 28

119 Repátese el art. 116 CP 1870.

120 Art. 90, párr. 1º, CP 1932; y sendos arts. 87, párr. 1º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973. Véase PUIG PEÑA, “Confinamiento”, p. 937.

121 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], pp. 90-91.

122 Véase, v. gr., ARRAZOLA *et al.*, *Enciclopedia...*, t. VII, p. 715, sobre la *carcería*.

123 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 91.

124 V. gr., ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 354-355; o PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 98, 149.

125 NÚÑEZ, *Ciencia...*, p. 192.

126 Art. 90, párr. 2º, CP 1932; arts. 87, párr. 2º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

127 CASTEJÓN, “Génesis...” [178], p. 471.

sustituye al antiguo *adquirir su subsistencia*¹²⁸. Obviamente, no se tuvieron en consideración ni la profesión ni el *modus vivendi* respecto de los ciento y pico encausados a raíz de la sublevación del general Sanjurjo en el verano de 1932, que adquirieron lamentable fama como los *confinados de Villa Cisneros*, la actual Dajla, puerto pesquero del Sahara Occidental¹²⁹: los conjurados y reos eran *en su mayoría oficiales del ejército*¹³⁰... Algún confinado por acción gubernativa se queja de la incuria –o malicia– exhibida en fraude de este detalle ejecutivo de la pena o sanción: Albiñana, Morodo o Álvarez de Miranda¹³¹. Otros, menos cualificados o también mejor *ubicados*, como Hedilla o algún otro confinado del franquismo, logran ayudarse en su confinamiento aferrándose a cualquier trabajo, aun discorde de todo punto con su previa vida laboral¹³². Unos pocos, los menos, pueden darse por satisfechos ante la consideración de sus circunstancias profesionales¹³³.

Resta atender a otro articulado excéntrico a la línea oficial preponderante: el de F.E.T. y de las J.O.N.S. Puesto que “los sentenciados a relegación y confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la Península o en las Islas Baleares o Canarias o en los Territorios de Africa, en el cual permanecerán [...]”¹³⁴, ¿qué podrá decirse del destino que al confinado preparaba este Anteproyecto de 1938?, ¿deberá entenderse que el confinamiento se refiere únicamente a las tres primeras posibilidades geográficas o no habrá otro rasgo delimitador de ambas penas que el durativo?, ¿cabría no sólo un confinamiento en la Península y en los adyacentes archipiélagos que se mencionan, sino además ultramarino?, ¿y una relegación, en tal caso,

128 Arts. 87, párr. 2º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

129 Véase en Torcuato LUCA DE TENA, *Papeles para la pequeña y la gran historia. Memorias de mi padre y mías*, pp. 305-307, la nómina de rebeldes confinados; y el relato de su sublevación, v. gr., en Gabriel JACKSON, *La República española y la guerra civil*, pp. 83-85.

130 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 72.

131 ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 31, 39, 40, 43, 54, 207-208, 293-295; Raúl MORODO, *Atando cabos: memorias de un conspirador moderado (I)*, pp. 606, 611; Fernando ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Del «contubernio» al consenso*, p. 43 (véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 225, 228, 275). Léase, asimismo, a estos respectos, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 37, 175-176.

132 Recaba datos sobre este particular PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 110-111, 223-224.

133 V. gr., en PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 149.

134 Art. 82, párr. 1º, AFCP 1938.

canaria, balear o, incluso, peninsular..?; como quiera que fuere, se tendrán las atenciones dictadas por el Código de 1932 para que el reo pueda ganarse la vida¹³⁵. Es esta última una solución confusa, conglobando lo metropolitano con lo africano, que excede la alternativa tradicional, la de confinar tanto en la Península como en los territorios a ella adyacentes (1822, 1848, 1928, 1932, 1944, etcétera) o bien hacerlo sólo en los archipiélagos balear y canario, elección limitada al Código de 1870, pero de largos alcances por su longeva vigencia; la otra disyuntiva que se ofrece al legislador, dejar la determinación del punto de cumplimiento al tribunal sentenciador o al gobierno, se decidió ya en 1848, en parte, por la primera posibilidad, y sin reticencias en 1870.

b) La vigilancia de la autoridad

En tanto que el destierro es pena sencillamente eliminatoria, la razón de ser del confinamiento estriba en la conveniencia para el poder que lo impone de mantener al así castigado bajo su control: pena, a más de *eliminativa, limitadora*¹³⁶ –categoriza Saldaña–. Gradualmente, si aquél sólo pretende anular el riesgo que del sujeto teme, lo destierra; si además desea tenerlo vigilado, le ordena que elija un punto de residencia y se lo comunique, así como cualquier desplazamiento ulterior que a su conveniencia haya de realizar; en fin, si quiere *vigilar y castigar* –el binomio foucaultiano–, pero sin llegar al encierro, confina. El criterio es clásico: por ejemplo, aún Antiguo Régimen, esta noción y utilidad controladora no puede dejarse más patente en la sentencia de confinamiento al economista liberal Valentín de Foronda, “[...] bajo la vigilancia del gobernador, que celará su conducta política sin que teniendo dicho término pueda salir de aquel destino sin expresa Real Orden”¹³⁷. Nos adentramos, pues, en un elemento del régimen confinatorio que circuye otra pena autónoma cual es la sujeción a la vigilancia de la autoridad, lo que significa que todo lo referente a su naturaleza y a una mayor precisión en los detalles ejecutivos puede y debe referirse al examen que de este correctivo más leve se haga más tarde, entendiendo que, cuando el sometimiento a vigilancia policial se descuelgue de la escala general de penas, según sucede en 1870, siempre va

135 Art. 82, párr. 2º, AFCP 1938.

136 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 307.

137 Manuel BENAVIDES/Cristina ROLLÁN, “Vida y obra”, estudio liminar a Valentín de Foronda, *Los sueños de la razón*, p. 208 (*ibidem*, pp. 197, 202).

a subsistir materialmente como contenido del confinamiento, más o menos con el usual *modus operandi* en su aplicación administrativo-gubernamental. Verbigracia, esto vale igual para el sobrentendido de dicha vigilancia, la cual de necesidad habrá de ponerse sobre su omisión legal porque ya viene integrada en la esencia de la pena: así, aunque nada se explicita por los redactores del Código de 1822, que el confinado había de permanecer estrechado a la vigilancia de las autoridades no tiene vuelta de hoja: ¿de qué otro modo es posible controlar su permanencia dentro del recinto geográfico acotado?, por eso y para eso es que “[...] tendrá obligación de noticiar á la autoridad local su habitacion y modo de vivir”¹³⁸, donde ya se encierran –lo veremos más adelante– dos de los elementos constitutivos de la propia pena de sujeción a vigilancia: las obligaciones de declarar el domicilio a la autoridad y de procurarse medios lícitos de subsistencia; de ahí que, cuando este corpus disponga que, no presentando fiador, al obligado a prestar fianza de buena conducta se le pueda confinar o arrestar, cuidará al mismo tiempo de reglar que sea en sitio *donde pueda trabajar*¹³⁹, precisión que falta en el confinamiento, pero que se hará realidad en futuros textos codificados, aproximativamente ya en el de Sainz de Andino. Es éste, sin embargo de subterráneas o veladas incumbrencias, el primero en arropar ostensiblemente el confinamiento con los gravámenes de la vigilancia de la autoridad, los mismos que llenan de contenido la pena de este nombre, pena más leve, con toda lógica, como contenida en el confinamiento, del que se separa en la elección de domicilio que se deja al arbitrio del meramente vigilado, mientras que el señalamiento imperativo de radicación, la residencia en un punto concreto, constituye el contenido axial de la mecánica confinatoria, aunque dentro de tal punto o radio se permita o no al reo elegir el domicilio a su conveniencia (en aquel caso, habrá de comunicarlo a las autoridades; en éste, no implica arresto o encierro, sino una llana domicialición, con la misma libertad para moverse dentro del recinto poblacional):

Todo confinado está sujeto a la vigilancia inmediata del Jefe de Policía en el pueblo de su residencia, y tendrá la obligación de presentarse una vez cada semana a lo menos, o con más frecuencia si aquél se lo ordenare¹⁴⁰.

Otra de las imposiciones al vigilado y, por ende, al confinado estriba

138 Art. 72 CP 1822, 75 PCP 1821.

139 Arts. 79 CP 1822 y 82 PCP 1821 según las “Variaciones...”, p. 553.

140 Art. 82 PCC 1831.

en ejercer algún arte o género de vida, exactamente esa obligación de procurarse medios lícitos de subsistencia concurrente en el contenido punitivo de la pena autónoma de sujeción a vigilancia; en sintonía con ello, el laborioso y competente Sainz de Andino, pronto a dotar a esta pena del más completo tratamiento legislativo, vuelve así explícita aquella deducida relación entre el confinamiento –su *confinación*– y la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades; ahondando, pues, en ello, cuida de que

Todo confinado que no acredite tener bienes propios de qué subsistir o que recibe una pensión alimenticia para este fin estará obligado a ejercer algún arte o género de vida con que proveer a su mantenimiento y si no lo hiciere se le ocupará en obras del servicio público¹⁴¹.

Precisamente, Gómez de la Serna y Montalbán elogian la pena, allá por 1843, casi recién desgajada en lo normativo del troncal destierro, por permitir una *vigilancia continua sobre el sentenciado*¹⁴². Si, en cuanto tal posibilidad, el enlace entre confinamiento y vigilancia estaba muy diluido –que no repudiado– en el Proyecto de 1845, sólo inferible por contarse aquélla entre *las penas que envuelven dicho sufrimiento*¹⁴³, rebrota, sin embargo, en el Código positivo del que es embrión. Bien parece apuntar Casabó cuando plantea que “no se poseen datos suficientes para afirmar que el Código de 1848 tuviese en cuenta el proyecto de Andino, pero no puede negarse la existencia de indicios que permiten abrigar esta sospecha”¹⁴⁴: aquí, como buena muestra, recoge el corpus de 1848 que, dentro del pueblo o distrito de su condena, “los sentenciados á confinamiento mayor [...] permanecerán en plena libertad bajo la vigilancia de la Autoridad”¹⁴⁵, así como en el confinamiento menor “el confinado estará sujeto á la vigilancia de la Autoridad”¹⁴⁶. Inexplicablemente,

141 Art. 84 PCC 1831.

142 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1843], t. II, p. 223.

143 Consultadas las ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 (art. 104), tenemos sujeción a la vigilancia de la autoridad, tras extinguir sus condenas, para los reos de trabajos forzados temporales y de reclusión, así como para los penados a muerte, a trabajos perpetuos, a relegación o a extrañamiento, cuando les alcanzare el Derecho de gracia: “en los demás casos la vigilancia no será efecto consecencial de la pena sufrida, sino que habrá de imponerse en las sentencias cuando la ley lo señale, salvas las penas que envuelven dicho sufrimiento”..., obviamente el confinamiento *per se*, de suyo, por su propia esencia.

144 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a PCC 1831], p. 3.

145 Art. 107, párr. 1º, CP 1848, igual en CP 1850.

146 Art. 108, párr. 3º, CP 1848, como en CP 1850.

esto que tan palmario resulta en el Código es leído de manera errónea por Pacheco, llevándolo a encontrar una diferencia entre confinamiento menor y mayor que no es tal en la paladina dicción de la ley: que “el segundo sujeta al que lo padece a la vigilancia de la autoridad, y el primero no le sujeta”¹⁴⁷. Castro y Ortiz de Zúñiga entienden que esta vigilancia de la autoridad no es sino una pena accesoria consignada fuera de su lugar oportuno¹⁴⁸: ¿no será más bien el escogido, conforme acepta mi investigación, el sitio correcto en virtud de su esencialidad respecto al confinamiento? Por eso mismo, además de la especificación contenida en el precepto descriptivo del confinamiento mayor, cuenta éste, con una penalidad accesoria o complementaria de

[...] sujecion á la vigilancia de la Autoridad durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella¹⁴⁹.

Esta previsión de 1848, 1850 y 1875 para el confinamiento, ausente en 1870, regresa en los Códigos Penales de Ultramar para el confinamiento único de sus respectivas escalas¹⁵⁰. Ni que decirse tiene: sólo el segundo término (el *otro tanto más desde el cumplimiento*) es accesorio, en tanto que el primero (*durante el tiempo de su condena*) se limita a redundar sobre lo ya definido. En 1870 y en los Códigos y proyectos bajo su vigencia –con o sin vigilancia accesoria– pervive la medular vigilancia de la autoridad como esencia de la pena, se identifique o no con una pena de tal nombre autónomamente considerada, siendo así que “[...] permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad”¹⁵¹. A pesar de ello, criterio tan avisado como el de Silvela no trasluce interpretarlo así: “entendemos, pues, que la ejecución

147 PACHECO, *El Código...*, p. 461. Debió de basarse el perillustre comentarista en la ausencia del confinamiento menor entre las penas a las que la vigilancia accesoria se une en el art. 57 CP 1848 y CP 1850, pero es que en tal precepto se abrazan, con mejorable técnica, tanto la sujeción que es elemento esencial del confinamiento, mayor o menor, como la posterior al cumplimiento, que sólo se une a aquél (véanse ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones...*, p. 136; o Ildefonso AURIOLES MONTERO, *Instituciones del Derecho penal de España*, pp. 93, 95).

148 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 168, 227.

149 Arts. 57 CP 1848 y CP 1850; 57 *in fine* PRCP 1869; 53 CPC 1875.

150 Arts. 59 CPCPR 1879 y 60 CPF 1884.

151 Art. 116, párr. 1º, CP 1870, como los arts. 114, párr. 1º, CPCPR 1879, 113, párr. 1º, PRCP 1880 y 114, párr. 1º, CPF 1884. Véase, para una relegación que ha asumido el confinamiento, el art. 55, párr. 2º, PCP 1884; en fin, igualmente SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 2º, ACP 1920), que hace lo propio con la deportación.

de esta pena por la autoridad gubernativa, no consistirá en otra cosa que en conducir al reo al pueblo ó distrito designado en la sentencia, impidiendo que pase á otro sin el permiso correspondiente”¹⁵². Insisto: ¿cómo lo impedirá si no lo mantiene de continuo en el punto de mira de su vigilancia?, ¿y cuánto tardará en percatarse del muy probable quebrantamiento? Profundizando más todavía en el vínculo querido por el codificador entre ambos castigos o mecanismos, la referencia no explícita a los medios de subsistencia hay que integrarla bajo los parámetros proporcionados por la remisión a las pautas de la pena –en la escala general– de sujeción a vigilancia, así que el Código *moderado* se contenta con recordar que el confinado habrá de contar con *medios con que subsistir*, porque en caso contrario:

Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, podrán ser destinados por el gobierno al servicio militar si fueren solteros, y no tuvieren medios con que subsistir¹⁵³.

En principio y en la letra de la ley, este expediente está previsto sólo para el confinamiento mayor¹⁵⁴, no así la necesidad de procurarse con licitud los medios precisos para la subsistencia, exigencia sí extendida al confinamiento menor, por estar esto en la esencia misma de la expresa sujeción a vigilancia por la autoridad que se le aneja. Muy en relación con ese deber de subvenir a sus propias necesidades vitales el confinado por medio de cualquier ocupación que se mantenga dentro de la legalidad cae aquella máxima que Pacheco ofrecía a los tribunales “[...] para no destinarle sino a donde puede encontrar recursos y ocuparse útil y fructuosamente”¹⁵⁵. También en 1870, por supuesto, “los sentenciados á confinamiento [...] permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad”¹⁵⁶, fórmula ésta todavía no definitiva de plasmar el principio¹⁵⁷, puesto que en la refundición de 1963 se le priva del calificativo de modo que solamente “[...] permanecerán en libertad bajo la vigilancia de la Autoridad”¹⁵⁸, con

152 SILVELA, *El Derecho...*, t. II, p. 506.

153 Art. 107, 2º párr., CP 1848 y CP 1850; art. 103, párr. 2º, CPC 1875. Véase VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 367.

154 Cfr. nota VII/270.

155 PACHECO, *El Código...*, p. 461.

156 Art. 116, párr. 1º, CP 1870.

157 Sí válida en art. 114, párr. 1º, CPCPR 1879; art. 113, párr. 1º, PRCP 1880; art. 114, párr. 1º, CPF 1884; art. 191 PCP 1927 y art. 176 CP 1928; art. 90, párr. 1º, CP 1932; art. 100, párr. 1º, PCP 1939; art. 87, párr. 1º, CPTR 1944.

158 Arts. 87, párr. 1º, CPTR 1963 y CPTR 1973.

lo que ello pueda implicar de severidad o, en buena lógica, de congruencia respecto de un reo que, confinado y bajo vigilancia de la autoridad, jamás va a gozar de una libertad objetivamente *completa*. Así, los límites dentro de los que ese control debe mantenerse vienen dados por la conservación de su libertad por el individuo dentro del lugar de confinamiento y de la superior vigilancia; de ahí la especificación por parte del Código de que, pese a todo, *permanecerán en plena libertad*¹⁵⁹ o *en completa libertad*¹⁶⁰ o, sencillamente, *en libertad*¹⁶¹. Además, cuando bajo el corpus de 1928 la pena comienza a contarse desde que el condenado “[...] se presente a la Autoridad superior gubernativa de la localidad que se le haya asignado para cumplirla”¹⁶², ello no deja de sugerirnos la conexión buscada en aras de una sujeción a vigilancia expedita a partir de este acto por el que el reo, *sujetándose* a su vigilante, abre la ejecución. A pesar, en fin, de las imprecisiones del Anteproyecto falangista de Código, sí está claro también que, en cualquier caso, los sentenciados, lo sean a relegación o a confinamiento, “[...] permanecerán en completa libertad, bajo la vigilancia de la Autoridad”¹⁶³.

Pocas cuestiones, entre los ingredientes punitivos del género penológico estudiado, se presentan tan lisa y llanamente aceptadas: el confinado queda en libertad, pero una libertad vigilada dentro del perímetro marcado. Tampoco la índole de dicha vigilancia hubiera supuesto mayor problema de haberse mantenido la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad recibida por los Códigos de 1822, 1848 y 1850, pues ésta no es sino una suerte de confinamiento en la que el penado elige el pueblo de su residencia y puede variarlo cuantas veces quiera siempre que lo comunique con antelación a las autoridades y lo lleve a efecto bajo su control; sólo al suprimirla el corpus de 1870 de su escala se plantean dudas a la hora de llenar de contenido la que es esencial al confinamiento, si bien se trata de dudas puramente teóricas o doctrinales, porque en la práctica se seguiría imponiendo al sujeto lo de siempre: seguimientos policiales, presentaciones periódicas, fiscalización de sus actividades y relaciones...

159 Arts. 107, párr. 1º, CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 103, párr. 1º, CPC 1875.

160 Art. 116, párr. 1º, CP 1870; así en lo sucesivo hasta 1963.

161 Arts. 87, párr. 1º, CPTR 1963 y CPTR 1973.

162 Arts. 113 CP 1928 (y véayase al 176) y 117 PCP 1927 (con el 191).

163 Art. 82, párr. 1º, AFCP 1938.

B] Contenido accesorio

Tengamos siempre en la mente que, bajo la Constitución de Cádiz, “la calidad de ciudadano español se pierde [...] por sentencia en que se impongan penas afflictivas ó infamantes, si no se obtiene rehabilitacion”¹⁶⁴; el Código Penal nacido a su sombra, tras precaver un plausible procedimiento para la recuperación de derechos por el deportado y otros penados con gravedad, no se olvida del resto:

Los demas reos que despues de haber cumplido sus condenas corporales ó infamatorias soliciten la rehabilitación para volver á ejercer los derechos de ciudadano, la pedirán y obtendrán en los mismo casos y términos espresados en el artículo precedente¹⁶⁵.

Si no hubiere méritos para conceder la rehabilitación de que tratan los dos últimos artículos, se suspenderá la resolucion, hasta que el reo dé mejores pruebas de merecerla¹⁶⁶.

Tendremos que acordarnos una vez más de cómo, para el Código Penal del año 1848, varias penas, entre las que coloca el confinamiento mayor,

[...] llevan consigo las de inhabilitacion absoluta de los penados para cargos ó derechos políticos [...] durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella¹⁶⁷.

En paralelo, para otro grupo que incluye el confinamiento menor, “sus consecuencias son mucho más ligeras, como lo es también su esencia misma, porque lo ha sido la criminalidad sobre que recaen. Pero esto no puede impedir que en tanto que los reos las padecen deban estar excluidos del ejercicio de los derechos políticos y de los cargos públicos”¹⁶⁸; por eso, tales penas de gravedad mitigada,

[...] llevan consigo la de suspension de todo cargo y derecho político del penado durante el tiempo de la condena¹⁶⁹.

164 Art. 24.3º CPME 1812.

165 Art. 151 CP 1822 y art. 154 PCP 1821.

166 Arts. 152 CP 1822 y 155 PCP 1821.

167 Art. 57 CP 1848 y CP 1850, lo cual se reducía en el 53 CPC 1875 a *inhabilitacion absoluta de los penados para cargos públicos*.

168 PACHECO, *El Código...*, p. 370.

169 Art. 58 CP 1848 y CP 1850, reconvertido por el 54 CPC 1875 en *suspension de todo cargo del penado*.

Así como en otras privaciones accesorias de derechos, su fundamento radica en “[...] que el condenado [...] se halla sin la libertad necesaria para ejercer debidamente los actos de que priva la interdicción”, aquí ese plus restrictivo viene adicionado “[...] por el mal ejemplo que de lo contrario se daría al público, puesto que el ejercicio de aquellos derechos revela una confianza que no puede inspirar el que se halla cumpliendo una condena”¹⁷⁰. La misma inhabilitación absoluta temporal y la misma suspensión acompañan a los confinamientos mayor y menor en 1869¹⁷¹, mas en el del año siguiente, ya de Derecho positivo:

La pena de confinamiento llevará consigo la de inhabilitación absoluta temporal, durante el tiempo de la condena¹⁷².

Esto es lo que se preceptúa en el Proyecto de 1880¹⁷³, mas los dos Códigos de la España ultramarina, con un solo confinamiento genérico, adaptan a éste lo que antes de 1870 estaba anexo al confinamiento mayor:

La pena de confinamiento llevará consigo las de inhabilitación absoluta temporal [...] durante el tiempo de su condena y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella¹⁷⁴.

Recordemos que los Códigos Penales de especialidad militar contienen regulación concurrente de esta materia: la pena de confinamiento para los oficiales de la Marina o del Ejército conlleva su separación del servicio¹⁷⁵. Para marinería, “[...] el destino á servicio disciplinario por el tiempo que al penado le reste de servicio en activo, y si la pena tuviere más duración, extinguirá el tiempo que de ella le falte en la forma ordinaria”¹⁷⁶; para la tropa, con un mismo espíritu, aunque diversa expresión, “[...] el destino á un Cuerpo de disciplina por el tiempo que al penado le reste de servicio, y si la pena tuviere más duración, extinguirá el que le falte como los reos extraños al Ejército”¹⁷⁷. Restituyéndonos al Derecho general, veamos la accesión, conjunta con el destierro, recibida por el confinamiento en 1928:

170 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, pp. 172, 174.

171 Arts. 57 y 58 PRCP 1869.

172 Art. 61 CP 1870.

173 Art. 59 PRCP 1880.

174 Arts. 59 CPCPR 1879 y 60 CPF 1884.

175 Arts. 62, párr. 4º, CPMG 1888 y 201, párr. 2º, CJM 1890.

176 Art. 63, párr. 4º, CPMG 1888.

177 Art. 202, párr. 3º, CJM 1890.

El confinamiento y el destierro por más de seis años producirán la pérdida de cargo ó empleo público que tuviere el condenado, y la privación durante la condena de adquirir otro análogo y de ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo.

El confinamiento y el destierro, que no exceda de seis años, sólo producirá la suspensión de cargo ó empleo público y del derecho de sufragio activo y pasivo¹⁷⁸.

Con renovada redacción, pero sin alterar contenidos, el Código de 1932 continúa iterando que

Las penas de [...] confinamiento, llevarán consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena¹⁷⁹.

Lo cual queda así consolidado a través de las tres revisiones franquistas¹⁸⁰. Los confinados por el Anteproyecto de 1938 hubieran soportado, de haber llegado a cristalizar positivamente, la inhabilitación absoluta, como los demás sujetos a restricción ambulatoria y a la mayoría de privaciones de libertad¹⁸¹.

Ya antes mencionado, otro recargo accesorio fue, en el Código de 1848 y los textos que a su ejemplo mantenían una pena de sujeción a vigilancia, la imposición de ésta al confinado cumplido, tras el cumplimiento, durante un período equivalente a la mitad del tiempo de la condena¹⁸². Y cabe ahora repetir, por último, en cuanto añadidura para mengua de derechos, cómo en la Ley General del Servicio Militar de 1968 se hacía al confinamiento causa de exclusión temporal para la prestación personal regulada, un derecho a la par que un deber¹⁸³. Salvo esto, restricciones temporales de derechos han sido básicamente las penas que accesoriamente y con varia formulación se llamaron a guarnecer el confinamiento: una pérdida rehabilitable de los derechos de ciudadanía en 1822, una suspensión de cargos y derechos políticos en 1848, la

178 Art. 120 CP 1928; el 125 PCP 1927 no era exactamente igual en cuanto a la concreción de los derechos políticos: “El confinamiento y el destierro por más de seis años, producirán la pérdida de cargo o empleo público que tuviere el condenado, y la privación durante la condena de adquirir otro análogo y de ejercer los derechos de sufragio y de elegibilidad. / El confinamiento y destierro, que no exceda de seis años, sólo producirá la suspensión de cargo o empleo público y del derecho de elegibilidad”.

179 Art. 45 CP 1932 (véase su art. 34).

180 Arts. 46 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973 (véanse sus respectivos arts. 35).

181 Art. 43 AFCP 1938.

182 Arts. 57 CP 1848 y CP 1850; 57 *in fine* PRCP 1869; 53 CPC 1875.

183 Consúltese RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 917. Cfr. nota V/195.

inhabilitación absoluta temporal desde 1870 hasta 1973, la pérdida o suspensión, según temporalidad, de cargos, empleos públicos y derechos de sufragio en 1928.

C] Circunstancias modificativas de la punibilidad

No excluido el confinamiento de la penalidad aplicable al menor de edad penal¹⁸⁴, sólo un caso puede traerse a colación, en el Código de 1822, y aun arbitrario:

El menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia en delito de [...] confinamiento [...], la cuarta parte á la mitad del tiempo respectivo: pudiendo el juez imponérsele, si fuere mas conveniente, en una casa de correccion¹⁸⁵.

Esta rebaja en el Proyecto era de *la tercera parte á la mitad del tiempo respectivo*¹⁸⁶. En cualquier caso, el confinamiento se ha mantenido ahí por poco: minorado y opcional, *pudiendo el juez imponérsele*; a todas luces, la moderación de la punibilidad no se ha juzgado apenas necesaria en el castigo confinatorio, como pena de suyo indicadora de muy parca vileza –para *delitos que no manchan*¹⁸⁷– o inadaptación, pena, por lo tanto, ya sólo moderadamente aflictiva.

5. Duración

La confinación legislada durante el *Trienio* carece de toda referencia a algún límite durativo¹⁸⁸; ni siquiera se prevé expresamente *perpetua o temporal*, como sí ocurre con el destierro, abriendo éste a cualquier amplitud en el tiempo que se le quiera dar por el juzgador¹⁸⁹. Sin embargo, parece que tal ausencia de especificación en este sentido deberá asimismo entenderse –a pesar de su vaguedad– como habilitadora para que se pueda recorrer un

184 Revisense los arts. 64 CP 1822 y 66 PCP 1821.

185 Art. 65 *in fine* CP 1822.

186 Art. 67, párr. 5º, PCP 1821.

187 PACHECO, *El Código...*, p. 461; por igual, VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 275.

188 Repátese el art. 72 CP 1822, con el 75 PCP 1821.

189 Art. 144 CP 1822 (y 147 PCP 1821).

segmento temporal que abarcará, en congruencia con la culpabilidad u otros factores calificados para la punición, desde el confinamiento por unos días¹⁹⁰ hasta el que deba sujetar de por vida al reo. Lo que sí parece indubitable es que el reo arrepentido y enmendado, siempre que su condena supere los dos años, tiene ante sí la oportunidad de, “después que sufra la mitad del de su condena, obtener una rebaja de la cuarta parte á la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiere impuesto”¹⁹¹. En orden a la aplicación de las penas por el articulado de 1822, acabamos de ver cómo el menor de diecisiete años que delinquire con discernimiento y malicia, aunque nunca pueda ser punido con destierro, sí puede sufrir en cambio el castigo confinatorio, aunque con cortapisas de género temporal: al excluir la imposición de ciertas penas al menor de diecisiete años no se menciona el confinamiento¹⁹² y, en el precepto siguiente, encargado de sustituir en tales menores las penas que no les eran aplicables, lo único arbitrado para la condena de contenido confinatorio es la rebaja de su duración, sufriendo *la cuarta parte á la mitad del tiempo*, si el juez no estimare conveniente mandar al menor a una casa de corrección¹⁹³; en el Proyecto –también se ha dicho–, la minoración era de la tercera parte a la mitad¹⁹⁴. Al saltar hasta el Proyecto de 1830 vamos a tropezar con el caso inverso al de 1822: en él figura *ab origine* un confinamiento temporal o perpetuo dentro del canon de penas corporales, alternativa que no acompaña al destierro; no obstante, luego querrá extender ambas penas en paralelo, porque la mayor gravedad de un correctivo sobre el otro no dimanará aquí de proyecciones temporales diversas, sino de la aflicción que acarrearán sus respectivas circunstancias:

La pena de destierro, de confinamiento, de obras públicas y de reclusión, no podrá pasar de veinte años¹⁹⁵.

Este precepto, concerniente sin más concreción al confinamiento (si donde la ley no distingue, tampoco ha de hacerlo su intérprete, deberá entenderse que a todas las formas de confinar va referido), se desentiende del con-

190 Para toda extensión temporal deberá tomarse en cuenta el art. 98 CP 1822 (el 100 PCP 1821).

191 Art. 73 CP 1822 (y 76 PCP 1821).

192 Art. 64 CP 1822, procedente del 66 PCP 1821 vía “Variaciones...”, p. 553.

193 Art. 65 *in fine* CP 1822.

194 Art. 67 PCP 1821.

195 Art. 68 PCC 1830.

finamiento perpetuo antes consentido en aquel otro. No obstante, aún vuelve a aceptarse, por ejemplo, que “los destinados a [...] confinamiento temporal o perpetuo a alguna isla, serán trasladados al depósito de rematados con testimonio de sus condenas, y estarán en él bajo la autoridad del Tribunal que los sentenció”¹⁹⁶, lo cual parece apuntar a que el límite de veinte años se estaba pensando, aunque no se dijo, para la pena temporal, haciendo salvedad de la perpetua, de la que por cierto nunca se echa mano, ni siquiera con ese peculiar y paralelo contenido reclusorio delineado por este corpus¹⁹⁷... Chocantemente, en la puesta al día de la antedicha cláusula por su heredera de 1834, el confinamiento resulta preterido, en lo que no puede ser otra cosa que un *lappus calami*, el cual es bastante para arrastrarnos de nuevo a las cábalas hasta asimilar durativamente uno y otro castigo: “las penas de destierro, de obras públicas y de reclusión no podrán pasar de veinte años”¹⁹⁸; otra imprecisión: o falta aquí el confinamiento o, definitivamente, sobra en la relación general de penas. Nos consta razonablemente que el tramo querido por los comisionados de 1833 podría seguir siendo de veinte años para la clase temporal, pero también que una ley penal no admitirá jamás tales integraciones, por lo que ésta suma una falla más al número de las que habrían ido necesitadas de enmienda a las manos del legislador. No se olvide que, sólo en 1830 y no ya en 1834, el confinamiento se decía temporal o perpetuo en la escala penal respectiva, de modo que la duración de esta pena exclusivamente temporal se quedaba al cabo en la indefinición más completa. El tiempo de la confinación en isla adyacente o pueblo peninsular se deja también por Sainz de Andino sin estipular, no consignando, respecto a la duración, más que las cláusulas de que el tiempo de prisión provisional se computará *tiempo por tiempo* para el confinamiento¹⁹⁹ y la de que al multado insolvente que fuera internado en casa de corrección “el tiempo que esté recluso le será computado en descargo

196 Art. 723 PCC 1830; los sucesivos, hasta el número 728, organizan el trámite de la conducción del condenado a esta y otras penas hasta su destino de cumplimiento: la cadena de traslado, la fuga o la muerte en tránsito, la entrega, etcétera; desde el 729 hasta el 732 se aborda el tema de las licencias de cumplidos. En PCC 1834, el art. 795 remite a la Real Ordenanza de 14 de abril de 1834.

197 Cfr. notas VII/13 y VII/336.

198 Art. 90 PCC 1834. De cualquier modo, recordemos la disminución judicial de la tercera parte de su duración que cabía en todas las penas de tiempo determinado (art. 73 PCC 1830, remodelado en el art. 97 PCC 1834).

199 Art. 223, párr. 2º, PCC 1831.

del plazo de su confinación o destierro” accesorios²⁰⁰. Lo más probable es que estos textos en proyecto estén, sólo por reflejo, remitiéndose o vayan indeliberadamente referidos a la práctica forense circundante...

El recorrido de la pena en 1845 había de ser inferior a los diez años, sin límite por abajo²⁰¹. Nada tiene que ver con el Código de 1848, su derivado en términos generales, cuyos confinamiento mayor y menor duran, respectivamente, de siete a doce años y de cuatro a seis²⁰². Próximo hito en la Codificación penal, de seis años y un día a doce años duraría el confinamiento mayor pretendido por el Proyecto de 1869; y el menor, de tres años y un día a seis años²⁰³. Con aquella duración de la modalidad mayor se iba a quedar el confinamiento único de 1870 en adelante²⁰⁴, hasta desaparecer el distante 1995. En concreto, tal extensión temporal “[...] empezará á contarse [...] desde el día en que el reo hubiere empezado á cumplir la condena”²⁰⁵, para lo cual habrá de ser inmediata, *sin demora* –quería la Ley de Enjuiciamiento de 1872–, la entrega a la Autoridad gubernativa²⁰⁶; quiere decir el precepto del Código que “[...] si el reo entablase recurso de casación y fuese desechado, no se le abonará en

200 Art. 95, párr. 2º, PCC 1831. Sienta la completa regulación: “La reclusión por insolencia de la multa no tendrá lugar cuando juntamente con ésta se imponga al reo alguna pena corporal que produzca su prisión o su arresto por más tiempo de un año o el extrañamiento del territorio español” (art. 94 PCC 1831). “Si la pena corporal accesoria a la multa se redujere a confinación o destierro, no exonerará al delincuente de que por insolencia de aquélla se le sujete a reclusión [...], verificándose ésta en la casa de corrección más próxima al punto en donde estuviere cumpliendo su condena. / El tiempo que esté recluido le será computado en descargo del plazo de su confinación o destierro” (art. 95 PCC 1831).

201 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 72, párr. 3º).

202 Art. 26, párrs. 2º y 4º, CP 1848, los mismos que en CP 1850; arts. 25, párrs. 2º y 4º, CPC 1875. Hasta la pena de confinamiento menor, con todas las superiores, extiende Juan de Dios de LA RADA Y DELGADO, *Código penal*, p. 48, los alcances de la real orden de 24 de abril de 1863, que transcribe, relativa a la extinción de condena mientras el sentenciado ejecutoriamente no sea extraído de la cárcel provisional.

203 Art. 26, párrs. 2º y 4º, PRCP 1869.

204 Art. 29, párr. 3º, CP 1870; art. 27, párr. 3º, CPCPR 1879; art. 29, párr. 3º, PRCP 1880; art. 28, párr. 3º, CPF 1884; arts. 30, párr. 3º, CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963, CPTR 1973; art. 34, párr. 3º, PCP 1939.

205 Art. 31, párr. 3º, CP 1870; art. 29, párr. 3º, CPCPR 1879; art. 31, párr. 3º, PRCP 1880; art. 30, párr. 3º, CPF 1884; art. 32, párr. 3º, CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963, CPTR 1973; art. 36, párr. 3º, PCP 1939.

206 Art. 913, párr. 1º, LPEC 1872.

la pena el tiempo transcurrido desde el fallo de que recurrió hasta la sentencia que desechó el recurso”, aunque hubiese comenzado ya a residir en el sitio prescrito, pero “en otro caso, es decir, cuando fuese declarado procedente el recurso, parece evidente que deberá abonársele al reo el tiempo invertido en la substanciación y resolución del recurso”²⁰⁷, contando con que, entregado por la autoridad, se halla y sigue avecindado en su destino penitenciario.

Quedan al margen de esto las anomalías dentro de lo que ha sido la línea evolutiva de la penología legal en España. El texto articulado de Saldaña había acomodado el confinamiento como variedad de *las penas de deportación*²⁰⁸ (Silvela las unificó sin más²⁰⁹), sometiéndolo a la alternativa de la pena determinada (*de un día a veinte años*) o indeterminada²¹⁰. Pudiendo correr el confinamiento en 1928 de dos meses y un día a treinta años²¹¹, “la duración [...] se contará desde que el condenado [...] se presente a la Autoridad superior gubernativa de la localidad que se le haya asignado para cumplirla”²¹². En las llamadas *dieciséis Bases del futuro Código Penal*, posteriores al de 1932, se postulaba un confinamiento con la misma extensión que el destierro, *de un mes a seis años*²¹³. Dura el confinamiento pretendido por los proyectistas de la *Falange de seis a diez años*²¹⁴, en lo que da la impresión de ser la sola diferencia de esta pena con la relegación. Último Código provisto de confinamiento, el Penal Militar de 1985 le da la extensión de seis meses y un día a seis años²¹⁵. Añádase que como medida de seguridad –*obligación de residir en un lugar determinado*–, persistirá con arreglo a la Ley de Vagos y Maleantes, *por el tiempo que establezcan los Tribunales*²¹⁶; en la ley sucesora de 1970 tanta latitud al juzgador queda rebajada, con garantista corrección, *por tiempo no superior a cinco años*²¹⁷.

La proyección temporal del confinamiento ha pasado por varias al-

207 CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, “Confinamiento”, en *EJE*, t. VIII, p. 274.

208 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 105 (art. 60, párr. 1º, ACP 1920).

209 Art. 55 PCP 1884.

210 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 104-105 (arts. 58 y 60, párr. 1º, ACP 1920).

211 Arts. 108, párr. 4º, CP 1928 y 112, párr. 4º, PCP 1927.

212 Arts. 113 CP 1928 y 117 PCP 1927.

213 “Las dieciséis Bases...” b. 9ª.

214 Art. 30, párr. 3º, AFCP 1938.

215 Art. 26 CPM 1985.

216 LVM 1933, art. 4º.5ª (el mismo número del segundo Proyecto LVM 1933).

217 Art. 5. 9ª LPRS 1970.

ternativas en los textos codificados: la inconcreción del Código de 1822 o del Proyecto de 1831, recuperada por la Ley de Vagos para la medida de seguridad, *por el tiempo que establezcan los Tribunales*; la dualidad de 1848 y 1850, con dos confinamientos, *mayor* y *menor*, cuya más notoria diferencia es precisamente su diversa duración; el tramo único correspondiente a la pena reunificada en 1870, de seis años y un día a doce años, solución la más longeva, pues permanece sin modificaciones hasta 1995. Además de este trazado medio, en cuanto a holgura de la temporalidad, han tenido vigor o potencia también amplias opciones como la del Código de 1928, de dos meses a treinta años, o la del Proyecto de 1920, de un día a veinte años, pero asimismo reducidos confinamientos como el *menor* de 1870 o, en ámbito especial, el del Código Penal Militar de 1985, de seis meses y un día a seis años.

6. Reglas de ejecución de la pena

A] El orden en la ejecución

Traigamos de nuevo a colación aquellas reglas que afluyen al Código para ordenar el concurso de penas, presupuestas las que ya han ido surgiendo para las penas tratadas con anterioridad y puedan atañer al confinamiento, como la que lo subsumía en cualesquiera privativas de libertad de perpetua duración²¹⁸ o la que —ésta sí que ya netamente ejecutiva— posponía su desenvolvimiento en 1822 a la previa satisfacción de las obras públicas, el presidio, la reclusión, la prisión o el arresto que, llegado el caso, concurrirían²¹⁹. Con análogo criterio, el Proyecto de Código de 1831 optaba por la imposición agravada de la más grave de las penas concurrentes, en cuyo mecanismo encontraría el juzgador la confinación como postrera pena de la escala²²⁰. Y a la vista de la cláusula de 1848

218 Arts. 113 y 114 CP 1822, arts. 115 y 116, párr. 1º, PCP 1821.

219 Arts. 114 CP 1822 y 116, párr. 2º, PCP 1821.

220 Art. 142, párr. 1º, PCC 1831: “En el caso de que las diferentes penas corporales en que haya incurrido el autor de varios delitos sean todas de tiempo limitado, se le impondrá la más grave en calidad, y por el máximo de tiempo que la ley prefijare, teniéndose los demás delitos por circunstancias agravantes para la imposición del máximo, y sus penas como refundidas en éste”. Art. 144 PCC 1831: “Para graduar la mayor gravedad de las penas corporales en la aplicación del artículo 142 se observará el orden siguiente: / 1º. La de trabajos públicos en presidios o arsenales. / 2º. La de confinación en los presidios de Africa. / 3º. La de reclusión en una casa de corrección. / 4º. La de prisión en una fortaleza. / 5º. Las obras públicas muni-

que ya se adujo para la pena de extrañamiento y la asunción de su contenido en la tabla o escala *ad hoc* del corpus de 1870 y sus herederos, comprobamos que la de confinamiento permanece siempre como concurrente, en su caso, al cumplimiento sucesivo tras el extrañamiento y ante el destierro, lo mismo en los textos derivados con mayor o menor cercanía del de 1848²²¹ como en los extraños a su linaje, significadamente el de 1928 –mas en éste, entre deportación y destierro–²²², cuando admitieron esta pena en su batería punitiva.

B] Actos ejecutivos materiales

El reo confinado por el Código trienal “[...] tendrá obligación de noticiar á la autoridad local su habitación y modo de vivir”²²³: tal es la única indicación legal en torno al desarrollo de esta pena. Dispone, en cambio, las siguientes reglas el Proyecto de Código Criminal de 1830, que a la parte penal sumaba la procesal²²⁴, de ahí tanta pormenorización del procedimiento:

Los destinados a [...] confinamiento temporal o perpetuo a alguna isla, serán trasladados al depósito de rematados con testimonio de sus condenas, y estarán en él bajo la autoridad del Tribunal que los sentenció²²⁵.

Cuando hay número suficiente para formar cadena, el Gobernador de la Sala de acuerdo con ésta nombrará comisionado para la conducción y pedirá el auxilio necesario al Capitán General o comandante de la Provincia²²⁶.

cipales. / 6º. El servicio forzado en los Cuerpos fijos del Ejército o en los bajeles de guerra. / 7º. La confinación en puntos determinados de la Península o Islas adyacentes”.

221 Arts. 76, párr. 2º, CP 1848 y CP 1850, 72, párr. 2º, CPC 1875; art. 76 PRCP 1869, con sus casuísticas reglas, y 89.1ª CP 1870, con el expediente de una escala *ad hoc* que hizo definitiva fortuna hasta el 70.1º CPTR 1973, a través de art. 87.1ª CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 88.1ª CPF 1884, art. 74.1º CP 1932, arts. 70.1ª CPTR 1944 y CPTR 1963.

222 Arts. 163 CP 1928 y 171 PCP 1927.

223 Art. 72 CP 1822 (proviene del nº 75 PCP 1821).

224 “Exposición de la Junta...”, p. 394: “hasta aquí el código penal, mas la junta primitiva creyó que su obra sería incompleta si no la acompañaba del de la administración de justicia en lo criminal, y con efecto presentó también su proyecto. La segunda apoyó este pensamiento”. Véase Gerardo LANDROVE DÍAZ, “Sobre la denominación y naturaleza del Derecho penal”, en vv. aa., *Estudios penales I*, p. 261.

225 Art. 723 PCC 1830.

226 Art. 724 PCC 1830.

Hecha la entrega en el distrito o en el depósito de otra Sala, recogerá recibo del Gobernador o del Alcaide, a quienes en sus respectivos casos entregará las condenas: las de los fugados o muertos en la marcha con el expresado recibo, las presentará a la Sala y se anotará en las causas²²⁷.

El Gobernador o el Alcaide avisarán además por el correo inmediato de la entrega de los reos con especificación de sus nombres y apellidos²²⁸.

Las licencias de cumplidos se darán por el Tribunal que impuso la pena²²⁹.

A continuación se expresan todavía las reglas generales para dar cumplimiento a las licencias por parte de los gobernadores o jefes de los puntos en donde sufran el castigo²³⁰. Más importante, como específica para la confinación y muy en consonancia con la filosofía inspiradora de esta pena, se nos aparece otra mesurada previsión de Sainz de Andino en su personal Proyecto: la de posibilitar al confinado el amortiguamiento de su estigmatización social como delincuente por parte de aquella comunidad a la cual se le ha destinado por vía judicial.

A los que se imponga la confinación para dentro del territorio peninsular o las Islas adyacentes se permitirá que se trasladen en soltura al punto de su destino siempre que den fianza idónea de verificarlo en el término que se les prefijare, pero en caso de no darla se les conducirá en custodia²³¹.

Aparte de esto, había previsto Sainz de Andino que a los confinados “[...] se les prefijará por la autoridad civil de la Isla el pueblo en que hayan de fijar su residencia, del cual no podrán separarse sino con permiso de aquélla para pasar a otro punto de la misma Isla” y “lo mismo se observará con los que tengan su confinación para alguna provincia, partido o comarca, entendiéndose con la autoridad civil superior del distrito de la confinación la facultad de fijar el punto de residencia del confinado y de permitirle circular dentro del mismo distrito”²³². Se ocupa, además, el redactor de los eclesiásticos (ordenados *in sacris* del clero secular y regular) en cuanto especialidad ejecutiva que opera en la confinación:

227 Art. 726 PCC 1830.

228 Art. 727 PCC 1830.

229 Art. 729 PCC 1830.

230 Arts. 730 a 732 PCC 1830.

231 Art. 83 PCC 1831 .

232 Art. 82, párrs. 1º y 2º, PCC 1831.

[...] se les destinará en ella al servicio de alguna iglesia que designará la autoridad Eclesiástica local²³³.

Toda aquella porción de artículos preparados por el Proyecto matriz de 1830 queda reducida en su derivado de 1834 a un escueto:

Los destinados a arsenales, minas, obras públicas, confinamiento, deportación a algún castillo, isla o fortaleza, serán entregados y conducidos conforme a lo dispuesto en la Real ordenanza de 14 de abril de 1834²³⁴.

Ya se hizo uso de esta norma al hilo de la deportación, aun siendo más conflictiva su aplicación cierta y real a ella, por cuanto que, inexistente dicha pena en el 1834 de su promulgación, había que aguardar a la escala penal del Código de 1848. Si en dicho supuesto, lo utilizable habría de ser la preceptiva sobre cuerdas de presidiarios, ahora será la referente a conducciones de penados la que deberá extenderse a las de la clase de penados sujetos precisamente a confinamiento, por más que la Ordenanza General esté siempre pensando en reos privados de libertad, y es que, en principio, el Derecho penal de la época, con Código positivo o sin él, nos hace pertinente su manejo:

Las justicias exigirán de los comandantes de los depósitos y presidios peninsulares recibos de los confinados y documentos que les entregaren. Estos serán un testimonio de la condena, y una certificación espresiva de los penados que posean bienes para atender á su manutencion y demas gastos²³⁵.

Si los sentenciados se hallasen en pueblos subalternos con jurisdiccion real ordinaria, ó en puntos en que no hubiese establecimiento de la clase á que fueren destinados, las justicias, corregidores ó alcaldes mayores cuidarán de hacer conducir los penados [...] ²³⁶.

Las conducciones se harán por tránsitos de justicia en justicia, siendo cargo de las de los pueblos de donde salgan por la mañana nombrar persona, bajo la responsabilidad de sus ayuntamientos, que ejecute la traslacion de los sentenciados al punto en donde deban hacer noche, facilitándole los ausilios necesarios para la custodia de los mismos²³⁷.

233 Art. 126, párr. 5º, PCC 1831.

234 Art. 795 PCC 1834.

235 Art. 51 OGPR 1834.

236 Art. 52 OGPR 1834.

237 Art. 54 OGPR 1834. “Cada tránsito regular será de tres leguas, poco más ó menos, y si no hubiese pueblo á esta distancia seguirán los penados al inmediato, siempre

Los encargados de las conducciones en el primer tránsito y sucesivos, harán entrega de los sentenciados y del pliego para el comandante á la justicia respectiva del pueblo donde hagan noche; exigiéndole recibo, que presentarán á su regreso para acreditar el buen desempeño de su comision; y el encargado del último tránsito entregará los sentenciados y pliegos de condena al comandante del establecimiento presidial, exigiendo también los correspondientes recibos²³⁸.

Preciso es volver a acogerse al minucioso estudio de Martínez Ruiz sobre “La conducción de presos en el reinado de Isabel II”, con cuantos por menores quepa desear sobre su desempeño por la Guardia Civil²³⁹. A los cuatro años de estar funcionando este cuerpo, el Código de 1848, desentendido de este particular, tan sólo contiene la muy somera indicación de que los reos *serán conducidos* al punto de cumplimiento “[...] en el cual permanecerán en plena libertad bajo la vigilancia de la Autoridad”, y en él *residirán precisamente*²⁴⁰. El real decreto de 1855 sobre cumplimiento de sentencias judiciales somete el confinamiento a las mismas formalidades vistas para los castigos ya tratados, las cuales deben asentarse en los autos por los tribunales²⁴¹; y prescribe para el confinamiento, del tipo que fuere, aquella puesta a disposición de la autoridad superior gubernativa de la provincia, obrante testimonio de condena, que se ha considerado al atender a la relegación y al extrañamiento, con tres días de plazo desde que se notifique la sentencia y previniendo aviso o acuse de recibo por parte de los gobernadores²⁴². La inhabilitación accesoria del confinamiento mayor y la suspensión del menor se ajustan por igual a la tramitación ejecutiva que ya ha sido trasuntada²⁴³. Específicamente, creadas unas Juntas Inspectoras Penales en todas las Au-

que no pasen de cinco á lo sumo, y en caso de no haberlo tampoco á esta distancia en la ruta señalada se elegirá el que se aproxime mas á las tres leguas desde el punto de la salida, aunque esté fuera de ella” (art. 55 OGPR 1834).

238 Art. 56 OGPR 1834.

239 Véase MARTÍNEZ RUIZ, “La conducción...”, pp. 123-146.

240 Arts. 107, párr. 1º, y 108, párrs. 1º y 3º, CP 1848 y CP 1850; arts. 103, párr. 1º, y 104, párrs. 1º y 3º, CPC 1875.

241 RDCSJ 1855, art. 13: “Con el objeto de salvar la responsabilidad en que incurrirían los tribunales por no mandar llevar á ejecucion en el término debido las penas que quedan espresadas y cualquiera otra á que los reos fueren sentenciados, harán constar siempre en los autos todas las diligencias que hubiesen acordado se practicasen al efecto y su resultado”.

242 Arts. 3º a 6º RDCSJ 1855.

243 Arts. 57 y 58 CP 1850 y 11 RDCSJ 1855.

diencias peninsulares o de las islas adyacentes, más Ceuta²⁴⁴, y encomendada a ellas la visita de cárceles, para

La visita de los que sufren las penas [...] de confinamiento y sujecion á la vigilancia de la autoridad [...] se pedirá informe de lo que resulte acerca de los mismos al gobernador de provincia, el que ejerce la vigilancia superior sobre los que residen en ella²⁴⁵.

Ahora es cuando entran en juego dichas juntas, implementadas por este Real Decreto para cuidar de la ejecución de condenas, tarea en la cual “[...] reasumirán en sí las facultades que la ley de 26 de julio de 1849 y demás disposiciones vigentes conceden á la autoridad judicial y fiscal”, esto es: dentro de cada audiencia metropolitana, habrán de *inspeccionar si se cumplen las condenas en el modo y forma con que hubieren sido impuestas*²⁴⁶. El varias veces ya aducido Decreto de 5 de diciembre de 1870, que procuró actualizar esta materia respecto al nuevo Código promulgado –cuya inteligencia del confinamiento lo había reducido a la adyacencia insular–, establecía que

Los rematados que hayan de cumplir sus condenas en las islas adyacentes ó en los presidios de Africa, serán dirigidos por los Gobernadores á los establecimientos penales de la Coruña, Cádiz, Cartagena, Santoña, Valencia ó Tarragona, debiendo elegirse al efecto aquellos que más próximos estén á sus respectivas procedencias, para que los penados permanezcan allí en depósito y en departamento separado hasta su embarque²⁴⁷.

El Ministro de Marina pondrá todos los meses á disposicion del de la Gobernacion un buque de la Armada para conducir penados, segun el itinerario que se le designe²⁴⁸.

Se cuida de regular además cuantas vicisitudes puedan sobrevenir durante la conducción, como la enfermedad del rematado en tránsito²⁴⁹. En

244 RDCSJ 1855, arts. 14 y 15.

245 RDCSJ 1855, art. 19, párr. 3º.

246 RDCSJ 1855, art. 16.

247 Decreto de 5 de diciembre de 1870, art. 6º.

248 Decreto de 5 de diciembre de 1870, art. 7º.

249 Decreto de 5 de diciembre de 1870, art. 9º: “Si algun rematado enfermare en la cárcel despues de estar á disposicion de la Autoridad gubernativa y ántes de salir para su destino, el Alcalde instruirá el oportuno expediente para justificar los hechos; y con informe del Juez de instruccion, así como con declaraciones del Médico municipal y del forense, si lo hubiere, lo remitirá al Gobernador, al cual además dará parte diario del estado en que se halle el enfermo, para que lo ponga en conocimiento del Ministerio de la Gobernacion”; y art. 10: “Si la enfermedad del rematado ocurriere en cualquiera de los

parecidos términos a los de 1848 se expresa la refundición de los dos confinamientos, mayor y menor, en 1870: *serán conducidos* al punto de confinamiento, “[...] en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad”²⁵⁰; así queda hasta la última revisión del Código, en 1973²⁵¹, pudiendo añadirse que el de 1928 no es en este pormenor más que otra versión de lo mismo: otra vez *serán conducidos* y allá “[...] permanecerán en completa libertad, pudiendo dedicarse bajo la vigilancia de la Autoridad al ejercicio de su profesión, arte u oficio, si no hubieren sido suspendidos en ellos”²⁵². En 1872, en la Ley de Enjuiciamiento, se reiteraba la puesta a disposición de la autoridad gubernativa con remisión de una certificación literal de la sentencia para que los reos –así los confinados– *sin demora comiencen á sufrir la pena*²⁵³. Y una cláusula interesante nos ha salido ya al paso en la ley procesal para lo criminal de 1882:

La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquiera Autoridad gubernativa hasta que el condenado [...] se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena²⁵⁴.

Del régimen de vida que solían llevar los confinados, puede resumirse que no quedaban confinados sin más obligación que el no salir de la población, sino que venían sujetos a la observancia de presentaciones periódicas ante la autoridad de orden público directamente a cargo de su persona²⁵⁵, si acaso con un papel muy subsidiario de la municipal²⁵⁶. Lo cierto es que todo esto quedó bastante en el aire, llenándose de contenido esa restricción

pueblos del tránsito, impidiéndole seguir su ruta, el Alcalde formará expediente oyendo al Juez de instrucción, y en su defecto al Juez municipal, haciendo constar las declaraciones de los individuos de la escolta, así como del Médico municipal y del forense, si lo hubiere, y remitiendo las diligencias al Gobernador, al cual dará parte diario hasta la terminación de la enfermedad, para que llegue á noticia del Ministerio de la Gobernación”.

250 Art. 116, párr. 1º, CP 1870.

251 Repásense los art. 114, párr. 1º, CPCPR 1879; art. 113, párr. 1º, PRCP 1880; art. 114, párr. 1º, CPF 1884; art. 90, párr. 1º, CP 1932; arts. 87, párr. 1º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

252 Arts. 176 CP 1928 y 191 PCP 1927.

253 Art. 913, párr. 1º, LPEC 1872.

254 Art. 990, párr. 3º, LEC 1882.

255 V. gr., PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 292.

256 Léase a ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 64, 41; u otros casos en PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 291, 295, 297-298, 303.

territorial según cada caso y autoridad ejecutante en concreto: “esta misma pena, [...] el confinamiento, jamás ha estado organizada sistemáticamente”²⁵⁷ –ventila Dorado–; como quiera, entiendo que el *modus operandi* permanecía invariado ya se tratase de un confinamiento judicial, ya de uno político-gubernativo, por cuanto que el órgano ejecutante o encargado del control es el mismo en ambos casos: las fuerzas de seguridad y orden público. Al remate, parece claro que la presión vigilante dependía del grado de permisividad o relajación en los inmediatos ejecutores de la pena o, en su caso, la gubernativa medida: testimonios de transigencia o alivio en el control hay bastantes²⁵⁸, mas tampoco faltan otros en los que éste se manifestó obstinadamente intenso, por ejemplo con la eventual restricción del régimen de visitas en lo que alguien llamará *una yuxtaposición punitiva horripilante*²⁵⁹.

C] El destino al servicio militar

Conviene volver sobre una posibilidad ejecutiva que ya ha sido incidentalmente registrada. El Código de 1848, actualizando una institución de rancio sabor a Antiguo Régimen²⁶⁰, dispuso que, entre los sentenciados a confinamiento mayor,

Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, podrán ser destinados por el gobierno al servicio militar si fueren solteros, y no tuvieren medios con que subsistir²⁶¹.

257 DORADO MONTERO, “Deportación”, p. 789.

258 V. gr., para conocer la ejecución de un confinamiento en la práctica, con las distancias que pueda abrir el tratarse de confinamiento gubernamental y pese a la inidentidad de campos del ordenamiento jurídico en tanteo con respecto a este trabajo mío que apunta más a lo judicial, a la pena del Código, quizá resulten interesantes, en especial, la evocación que hace de aquellas vivencias el poeta y activista Dionisio RIDRUEJO, *Casi unas memorias*, pp. 250-251, 260; la de ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Del «contubernio»...*, p. 42 (véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 222-223, 275, 309); o la de MORODO, *Atando...*, pp. 610-612.

259 Léase a ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 152-154, 167, 246-247; y a PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 88, 263.

260 Ya en marcha la codificación penal, nos aparece todavía con particularizado aprestamiento punitivo en el arsenal del Proyecto *Andino* como *el servicio forzado a cuerpos fijos del ejército o de los bajeles de guerra* (art. 36.2º PCC 1831).

261 Art. 107, 2º párr., CP 1848 y CP 1850; art. 103, párr. 2º, CPC 1875.

Del servicio a las armas como recurso punitivo explica Roldán Barbero con cuánto brío fue cobrando auge a lo largo del siglo XVIII como medio de paliar las limitaciones del sistema de quintas en la recluta de soldados²⁶²; pero lo cierto es que la institución viene de antiguo, con otro momento álgido centrado en la época bajomedieval, cuando vinculada al avance del proceso de reconquista y repoblación de la Península Ibérica, y de conquista de nuevos territorios, este sustitutivo penal, por supuesto que atendiendo a criterios de utilidad, se vincula a una política de fijar asentamientos humanos en esos territorios que hicieran efectivo el control recién adquirido²⁶³. Entre numerosos ejemplos de aquella hora que tienen principalmente la frontera nazarí como escenario, sobresale por su relevancia literaria el de Diego Hurtado de Mendoza, en la misma Granada y ya en plenas revueltas alpujarreñas²⁶⁴; con mucha mayor cercanía, en esa otra fase en que periclita todo el Antiguo Régimen, valga el del poeta Patricio de la Escosura en 1834, siendo oficial de Artillería²⁶⁵. Reintegrados a los ámbitos del Código de 1848, en consideración a que “hay muchos delincuentes jóvenes, de delitos que no manchan, los cuales podrían ser soldados útiles, ganando al mismo tiempo mucho para sí”, aplaude Pacheco esta herramienta ejecutiva puesta en manos del gobierno – que hará mal si no la emplea – tras ser su trasmutado mantenimiento largamente debatido en la comisión²⁶⁶. Castro y Zúñiga se apresuran a categorizar calibrando dicha preservación y metamorfosis, una transacción entre los viejos usos –sólo abolidos en 1839²⁶⁷– y la moderna penología: “no es pena pro-

262 ROLDÁN BARBERO, *Historia...*, p. 27 (contémplese una buena panorámica a lo largo de las pp. 16-28). Léase también a FEYJOO Y MONTENEGRO, “La ociosidad desterrada y la milicia socorrida”, *Teatro...*, t. VIII, disc. 13, pp. 427-439.

263 Véase BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 37.

264 Del suceso desencadenante, seguramente, en las composiciones LXXI y CXXXII de Diego HURTADO DE MENDOZA, *Poesía completa*, pp. 169-171, 261-262, se encierra toda la clave; y Eloy SEÑÁN Y ALONSO, *D. Diego Hurtado de Mendoza: apuntes biográfico-críticos*, apd. A, pp. 53-54, publica la real cédula (27-I-1569) del derivado destierro, que en realidad es condena al servivio fronterizo de armas. Cabrá recuperar ahora el planteamiento de BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 38, con su aporte de varias de estas condenas en pp. 37-38.

265 Cfr. nota I/73.

266 PACHECO, *El Código...*, p. 461. Atiéndanse, en 1845, las deliberaciones en torno al servicio de armas en ACGCP, ses. 10-VI-1845, a. 35, p. 873.

267 Por Real orden de 13 de agosto de 1839 (véanse GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, p. 32; y VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 366-367).

piamente dicha, pues no le impone un tribunal de justicia: es mas bien una medida reglamentaria, para cuyo empleo se autoriza al gobierno, atendiendo á que en tiempos de revueltas como los que desgraciadamente alcanzamos, tal vez se encuentre aquel con un número crecido de confinados, con los cuales no sepa qué hacerse, ni tenga medios seguros de custodiarlos”²⁶⁸. Junto a dicho *alivio penitenciario*, varios objetivos parece perseguir el recurso: que “[...] pudieran ser útiles al Estado, y se reformaran con la disciplina militar al mismo tiempo que disminuyeran el duro impuesto de sangre”²⁶⁹. Pese a ser arbitrio legalmente circunscrito al confinamiento *mayor*, autor hay que, sin taxatividad, lo extiende *extra legem* al *menor* con anuencia del reo²⁷⁰. La opción gubernamental se adopta aún en 1870, aunque prescindiendo –lo que aún no hace el texto de 1869²⁷¹– de las condiciones de soltería y buena conducta en provecho de la voluntariedad de tal sustitución:

Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, podrán ser destinados, con su anuencia, por el Gobierno al servicio militar²⁷².

Para Gómez de la Serna y Montalbán, “esta facultad, que ántes se concedía al Gobierno sin tener en cuenta la voluntad del confinado, sólo se le concede en el día obrando con anuencia de éste; pues aunque el servicio militar constituye una noble profesion, puede acarrear grandes peligros, incluso el de perder la vida. Es, pues, muy conforme á los rigurosos principios de justicia, esta limitacion puesta en el artículo reformado”²⁷³; indisputable parece que, como ponderaban Vizmanos y Álvarez Martínez, “[...] puede ser realmente

268 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 140 (*ibidem*, p. 227). Ya el segundo, ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 198, en vísperas de la codificación exitosa en 1848, había roto una lanza en pro de tal adopción. Conocedores de la confrontación de pareceres en el seno de la comisión redactora, VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 366-367, facilitan la clave del compromiso final.

269 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 178.

270 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 251; por igual, ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones...*, p. 137. En contra, J. S./A. de B., *Código...*, p. 70.

271 Art. 107, párr. 3º, PRCP 1869.

272 Art. 116, párr. 3º, CP 1870, como los arts. 114, párr. 3º, CPCPR 1879, 113, párr. 3º, PRCP 1880 y 114, párr. 3º, CPF 1884. Pero véase, para la relegación, el art. 85 PCP 1884, en esa tentativa de que dicha pena fagocitase el confinamiento.

273 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 159. Igualmente, les siguen VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 155; o NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 595.

una ventaja para algunos penados”²⁷⁴, pero, claro, sólo *para algunos* (con su conformidad o no, que esto de primeras poco importa), luego a precaver tal conflicto debía acudir la ley (y, ya sí, la aquiescencia del interesado se apareció entonces como el más seguro expediente). En el orden práctico, Navarro de Palencia consigna en 1911 que “parece nudamente adjudicada al Poder ejecutivo y su cumplimiento no se alcanza, sin una disposición parcial ó general, dimanada del mismo Poder, haciéndola práctica”; sin embargo, “esta facultad no ha sido convenientemente desenvuelta en la ley de Reemplazo y reclutamiento. Por lo tanto, el procedimiento de ejecución tal vez ofreciera obstáculos legales, si se tratara de generalizar”²⁷⁵. Pese a los raquíticos logros, a la altura de 1920, el vocal permanente de la Comisión codificadora Quintiliano Saldaña insiste en hacer uso, ya como medida de seguridad autónoma, del servicio militar obligatorio, invocando precedentes que, salvo éste de la sustitución del confinamiento de 1870, pertenecen al Antiguo Régimen²⁷⁶. La opción quedó al cabo descartada en 1932 al revisar la ley penal²⁷⁷, “[...] justificadamente suprimida, pues el servicio militar no debe tener el carácter de pena”²⁷⁸ –valoraba Antón Oneca–.

7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos

Sin falta, también acá encontraremos el injerto de pena de mayor gravedad en que Navarro de Palencia hace consistir la intimidación legal en respuesta ante tales contingencias entorpecedoras de la ejecución²⁷⁹. En la codificación

274 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 367.

275 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 595, 579, apelando sin éxito a la ley de reclutamiento y reemplazo del Ejército de 1885, modificada por la de 21 de agosto de 1896, y a su reglamento de 23 de diciembre de 1896, ambos con imprevisión del adecuado procedimiento (*ibidem*, p. 595).

276 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112 (art. 69 ACP 1920) y 116 (art. 81 ACP 1920).

277 Ya desde la LBCP 1932, b. 12, párr. 2º: “el confinamiento se cumplirá en la Península o en las islas Baleares o Canarias, no pudiendo ser conmutado por el servicio militar”. Véase PUIG PEÑA, “Confinamiento”, p. 937.

278 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 570.

279 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 533-534. Así parece haber sido ya en el sistema romano (MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 418-419).

practicada por los legisladores del *Trienio constitucional* se habla, como destino confinatorio, de pueblo o distrito determinado con sus arrabales, ¿pero de qué modo se defiende este mandato?; primer tanteo, el Proyecto de 1821 atendía así al quebrantamiento perpetrado por el sujeto confinado, sin posterior recaída delictiva o con ella:

[...] Si quebrantare el confinamiento, concluirá tambien el tiempo que le falte en una reclusion. Si durante el quebrantamiento cometiere otro delito, se le impondrá además el máximo de la pena que éste mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una cuarta parte más²⁸⁰.

Pero, aun sucesora de ésta, la concreción definitiva en el Código Penal de 1822 será muy diferente: la de las variaciones que la comisión había incorporado con antelación al debate y todavía reformadas durante su curso²⁸¹, lo que no impidió que al entrar en él la Cámara se enredase en sutiles discrepancias a vueltas con la gradación²⁸². Si –interpelaba Martínez de la Rosa a la comisión y al parlamento– “aun para los condenados á trabajos perpétuos (que es la pena que ocupa el primer lugar en la escala de este Código) la pena de la fuga se reduce á algunos meses de trabajos más duros: ¿cuál será, pues, la que debe imponerse por la fuga á una persona confinada, cuando el confinamiento es la última, la más liviana de las penas corporales?”²⁸³. Sea como fuere, el artículo pasó al Código ajustado a aquella proposición de *variantes* al Proyecto:

Si quebrantare el confinamiento sufrirá un arresto de uno á ocho meses; y si durante el quebrantamiento cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximo de la pena que este mereciere, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte mas; observándose en caso de reincidencia lo dispuesto en el capítulo quinto de este título²⁸⁴.

Sin embargo, si se recurre, para este caso, al artículo que concreta la sobrepena dentro de tales título y capítulo, puede advertirse que el confi-

280 Art. 75 PCP 1821.

281 “Variaciones...”, p. 553; y “Reformas...”, p. 1802.

282 La progresión de uno a otro precepto, en *DSC* 1821-1822, t. II, n° 90, ses. 23-XII-1821, pp. 1424-1425, y n° 91, ses. 24-XII-1821, p. 1454.

283 *DSC* 1821-1822, t. II, n° 90, ses. 23-XII-1821, n° 90, p. 1424.

284 Art. 72 CP 1822.

namiento ha quedado olvidado²⁸⁵: ninguna referencia a él contiene, en línea con las otras disposiciones capitulares, ni aclara qué se deba hacer²⁸⁶, torpeza legislativa todavía más extremada a la hora de asignar esta sanción punitiva a tipos concretos²⁸⁷. De la inadvertencia a la meticulosidad, al tratar de la deportación según el Proyecto de 1830 se puso ya de manifiesto la minuciosa prevención de los avisos que deberían cruzarse entre las diferentes autoridades implicadas en el traslado del confinado ante la contingencia de su fuga en tránsito, entre el depósito de rematados y el punto de cumplimiento; se trata de un bloque de cláusulas sin par en los demás corpus, puesto que la materia pertenece de suyo a la rama procedimental del ordenamiento, pero es, sin lugar a dudas, éste el epígrafe en el que, por ese trasvase o acogida al Código Penal y atendiendo a esa misma materia, debemos considerarlo:

Si en el tránsito se fugare alguno, el comisionado dará aviso al Juez local para que proceda a su captura; igual aviso dará a la Sala que le comisionó, y ésta en su caso al Tribunal que juzgó al reo²⁸⁸.

Cuando alguno que esté sufriendo su condena, o se halle en el depósito de tránsito o marcha desde él a otro o a su destino, muera o se fugue, el Gobernador, el Jefe o el Alcaide dará aviso con la media filiación al Tribunal que impuso la pena, expresando el día de la sentencia y el escribano que libró el testimonio de condena, y se anotará la causa²⁸⁹.

Además de esto, viene previsto que el comisionado presente a la sala la condena del fugitivo que, por tal incidencia, no pudo confiar al gobernador o alcaide del destino, anotándose en las causas o autos²⁹⁰. Y, en cuanto atañe a la respuesta penal frente a tales conductas, habrá que remitirse a lo expuesto para la deportación, recordando que estos Proyectos penales de 1830 y 1834 optan por una prevención general del quebrantamiento y la reincidencia, sin solucio-

285 Art. 119 CP 1822, con preterición en la que ya incurría el art. 121 PCP 1821.

286 Pudo habersele dado una configuración análoga a la del destierro quizás: para el temporal, doble pena por la primera vez, cuádrupla por la segunda; para el perpetuo, la misma pena vitalicia más un año de reclusión en la primera reincidencia y con tres años de dicha privación de libertad en la segunda (art. 119 CP 1822; cfr. nota V/287).

287 Para tan corto viaje como el del art. 79 CP 1822, no hacían en verdad mucha falta estas alforjas punitivas...

288 Art. 725 PCC 1830 (cfr. notas VII/225 y VII/226).

289 Art. 728 PCC 1830.

290 Art. 726 PCC 1830 (cfr. nota VII/227).

nes particularizadas para cada modalidad penal²⁹¹. En previsión de la desobediencia a las intimaciones legales para que no se extralimitasen los futuribles confinados bajo el Proyecto de 1831, “los que quebrantaren la confinación que estuvieren sufriendo en las islas adyacentes o pueblo determinado, sufrirán seis meses de arresto en el lugar en que estuvieren confinados”²⁹²; mediando reincidencia, “cuando la pena del primer delito haya sido de confinación a las islas adyacentes o a pueblo o comarca determinada, la del segundo será la de confinación en presidios o arsenales²⁹³; y “la segunda reincidencia se castigará doblando el tiempo de la pena impuesta por la primera, sin variar su calidad”²⁹⁴. La mera extralimitación o fuga recibe en 1845 el siguiente tratamiento:

El confinado, que quebrantase su condena sufrirá el arresto de segundo grado en el punto de confinamiento sin perjuicio de cumplir éste después²⁹⁵.

El precepto que acoge ese arresto de segundo grado, primera de las penas admonitorias graves, omite su duración²⁹⁶, aunque del arresto de primer grado, que a su vez encabeza las admonitorias leves, se nos avisa que “[...] durará de uno a 15 días”²⁹⁷. Mucho va del Proyecto al Código Penal del año 48 por lo que hace a esta punición del quebrantamiento de condena:

Los sentenciados á confinamiento mayor ó menor serán condenados á prision correccional, imponiéndose á los primeros del grado medio al máximo, y á los segundos del mínimo al medio; y cumplidas estas condenas, extinguirán la de confinamiento²⁹⁸.

No critican Vizmanos²⁹⁹ o Pacheco ahora el Código por su respuesta

291 Cfr. notas IV/807 a IV/812.

292 Art. 1153 PCC 1831.

293 Art. 1133 PCC 1831. Aquí habrá que tener presentes las limitaciones temporales al arsenal o presidio que incorporan los artículos 1136, 55 y 59, donde se alcanza un tope de doce años.

294 Art. 1135 PCC 1831.

295 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622 (véase *ibidem*, ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048).

296 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 579 (arts. 85 y 86).

297 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 580 (arts. 91 y 92, párr. 2º).

298 Art. 124.7º CP 1848 y CP 1850.

299 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 393. Demasiada pena o *excesivo rigor*, mas conforme a los principios, encuentran también GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 192; o VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 266.

en sí, sino por la intensidad exhibida contra el confinamiento; para el segundo, “la sustitución, en lugar de él, de la prisión correccional nos parecería justa y oportuna. Mas imponer esa prisión, y, cumplida que sea, tornar de nuevo al confinamiento nos parece demasiado duro”³⁰⁰. De nuevo impera, para todo confinado, aquella norma de cierre que a reincidencia o reiteración delictiva imponía “[...] la pena señalada por la ley á la nueva falta ó delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena y la primitiva por el orden que en la sentencia prefije el Tribunal³⁰¹. El Código rebelde de Carlos VII rescata, en 1875, toda esta regulación sin enmendarla un ápice³⁰². Por el Proyecto de *parte general* de Gómez de la Serna, con mayor lenidad que en el vigente Código,

Los sentenciados á confinamiento mayor ó menor serán condenados á prision correccional, en el grado medio los primeros, y los segundos en el mínimo, y cumplidas estas condenas extinguirán la de confinamiento³⁰³.

El Código de 1870, ya con un solo tipo de confinamiento, trae que

Los sentenciados á confinamiento serán condenados á prision correccional, que no podrá exceder de dos años; y cumplida esta condena, extinguirán la de confinamiento³⁰⁴.

Es la solución que frente al quebrantamiento acogen los futuros textos codificados³⁰⁵; y, más amplio que la reincidencia o la reiteración, el estatuto del redelinquimiento en el curso ejecutivo de una sentencia se ha hecho ya general: pena de la nueva infracción, sea delito o falta, en su grado máximo³⁰⁶. Respecto a lo dispuesto por Saldaña en sus trabajos precodificadores del año 1920 –compartiendo período, pero, ya hacia 1928, no escuela–, remito a lo dicho acerca de la *reaplicación penal*³⁰⁷ cuando se desentrañaron sus *penas de deportación*, de las que el confinamiento no es sino una modalidad para *los menos peligrosos* de los reos. En la represión del quebrantamiento de sentencia por el Código primorriverista,

300 PACHECO, *El Código...*, p. 489.

301 Art. 125.4^a CP 1848 y CP 1850.

302 Arts. 120.7^a y 121.4^a CPC 1875.

303 Art. 124.4^o PRCP 1869.

304 Art. 129.4^a CP 1870.

305 Art. 127.4^a CPCPR 1879, art. 126.4^a PRCP 1880.

306 Art. 125, párr. 1^o, PRCP 1869; y art. 131.1^a CP 1870, a cuya estela van el art. 129.1^a CPCPR 1879 y el 128 PRCP 1880.

307 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 121 y 124 (art. 107 ACP 1920).

Si la pena quebrantada fuere la de confinamiento, el condenado sufrirá una pena de prisión de cuatro meses á dos años, cumplida la cual continuará extinguiendo la condena primitiva³⁰⁸.

Y lo precavido para la infracción sobrevenida durante el cumplimiento quedó reseñado al atender a la pena de deportación. De vuelta al derrotero evolutivo iniciado en 1848, mas en este punto con el muy substancial cambio de deslizar su tratamiento de la parte general a la especial, las reglas de 1932 aplicables a la conculcación del extrañamiento o a la perpetración en su curso ejecutivo de otro delito valen para el confinamiento³⁰⁹. Asimismo, con represión genérica se pune en 1944 y siguientes versiones oficiales el quebrantamiento de condena y evasión de presos, según lo consignado al examinar la pena extrañatoria³¹⁰, sin especialidades tampoco en cuanto a la comisión de nuevas infracciones durante la ejecución³¹¹. Igualmente, las normas generales para el quebrantamiento y la nueva comisión infractora en la condena dadas por los delegados falangistas que elaboraron el Anteproyecto³¹² quedaron expresadas al atender a la relegación, sin especialidades que reseñar aquí; y el Proyecto del 39 copiaba en estos puntos al Código de 1932³¹³. Tan sólo una solución singularizada por ver, la *obligación de residir en un lugar determinado* de la Ley de Vagos y Maleantes es medida, y no pena, cuyo “quebrantamiento [...] será castigado con la pena de arresto mayor”³¹⁴, respuesta que se ha reprochado al ordenamiento por su *espíritu represivo*, no cónsono con el soporte teórico de las medidas³¹⁵.

Echando una mirada de conjunto sobre lo hasta aquí expuesto, se observa que la reacción preponderante frente al confinado que se evade fue su reclusión o arresto, pero sin subsumir ahí la pena quebrantada, que aun había de saldar a su puesta en libertad. En relación con el otro problema, el de la

308 Arts. 502 CP 1928 y 656 PCP 1927.

309 Arts. 341 y 343, párr. 2º, CP 1932.

310 Arts. 334 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973 (revísense los arts. 362 y 363 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973).

311 Arts. 10.13 y 14 CP 1932, 10.14 y 15 CPTR 1944 y CPTR 1963, art. 10.15 CPTR 1973.

312 Arts. 315, 316 y 30, párrs. 6º y 4º, AFCP 1938. Art. 10.14º y 15º y art. 60 AFCP 1938.

313 Arts. 296 y 297, art. 10.14º PCP 1939.

314 LVM 1933, art. 8º (con el mismo número ya en el segundo Proyecto LVM 1933).

315 CASTEJÓN, “Anteproyecto...”, p. 143.

comisión de un nuevo delito mientras se está ejecutando el confinamiento, lo normal fue la agravación hasta el grado máximo de la nueva pena merecida, aunque también aparece algún otro mecanismo agravatorio, como el de Sainz de Andino: directa imposición de una de las más graves penas, presidios o arsenales, y por doble tiempo en caso de reincidir segunda vez.

8. Prescripción de la pena

Ante el silencio del Código de 1822 en esta materia, un repaso a la prescripción del confinamiento sentenciado, tiene que partir del Proyecto de 1830; en él, como pena de duración inferior a veinte años, quedaba en los cuarenta años al combinar los preceptos concurrentes³¹⁶, de no ser que correspondiese como castigo a delitos de los comprendidos en otras cláusulas proyectadas por razón de la materia, esto es con dependencia de la infracción penal cometida (delitos de incontinencia y demás contra las buenas costumbres, de injurias verbales y algunas de hecho³¹⁷...). Con base en la regla general de prescripción prevista por el Proyecto *Sainz de Andino* en el doble tiempo del que esté prefijado en la sentencia, la de la pena impuesta de confinación, siendo como es corporal y de las señaladas a delitos comunes, habrá de ajustarse a un plazo mínimo de ocho años³¹⁸. La prescripción de las penas correccionales, como a la postre acabó siendo el confinamiento según el Proyecto de 1845, se produce a los diez años, contando con la buena conducta y la continuada presencia en suelo español³¹⁹. Vigentes los Códigos de 1848 y 1850, de quince años es el plazo para prescribir ambos confinamientos, bajo la fórmula que repite el articulado carlista de 1875³²⁰, toda vez que en la categoría de afflictivos los encuadra la escala general de penas³²¹, sin faltar las circunstancias legalmente exigidas: no haber delinquido y no haberse ausentado del territorio peninsular o insular adyacente. Esta cuestión no se modifica en el Código de 1870, pero tampoco en el Pro-

316 Arts. 449, 68 y 446 PCC 1830; arts. 544, 90 y 541.1º PCC 1834.

317 Arts. 446.4º a 6º PCC 1830 y 541.3º y 4º PCC 1834.

318 Art. 1190 PCC 1831. La prescripción de la acción penal se regula por el 1184, párr. 2º, PCC 1831.

319 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 623 (véanse, asimismo, *ibidem*, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 617; y ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048 [arts. 126 y 127]).

320 Arts. 126, párr. 3º, CP 1848 y CP 1850; art. 122, párr. 3º, CPC 1875.

321 Art. 24 CP 1848 y CP 1850; art. 23 CPC 1875.

yecto del que deriva ni en los que tratan de imponérsele³²². Por otros rumbos, Saldaña hacía depender la prescripción de los intereses de la defensa social, confrontándose *individualizadamente* aquella con ésta y con las muestras de corrección en el culpable a través de necesario procedimiento judicial³²³. Dejó la propasada labor de la Comisión General al componer su defensorista Proyecto para el Directorio civil de Primo un fluctuante rastro en esta cuestión: mientras que en el texto originario la prescripción ejecutivo-penal se regía por los criterios de proporcionalidad silvelianos ya estudiados³²⁴, bajo el definitivo articulado de 1928 varía cuantitativamente según se trate de una pena grave de confinamiento (superior a seis años) o menos grave (por debajo de tal duración), teniendo aquella un plazo de veinte años y éstas de diez³²⁵. Como había sido desde 1848, el confinamiento en el Código de 1932 y sucesivos prescribe a los quince años, por ser pena cuya duración siempre permanecerá arriba de los seis años que fija la ley como linde entre tramos de prescripción³²⁶. Rigen sin especialidad en el Anteproyecto de F.E.T. las prescripciones vistas con las anteriores penas³²⁷ y el Proyecto de 1939 se ajusta al vigente tenor de 1932³²⁸. Por último, aunque prescriba muy minoradamente ese confinamiento vigorizado por el Código Penal Militar de 1985, a los cinco años tan sólo³²⁹, a lo largo del recorrido efectuado se comprueba que en el Derecho penal común las excepciones a la prescripción quinquenal son mínimas –las *primitivas* dentro del ciclo codificador y la moderna de 1928, de veinte o de diez años–.

9. Tipos delictivos penados

Al acudir a los debates parlamentarios en torno al Proyecto de 1821, algunas

322 Art... (sin numerar, en Título VI, ed. cit., p. 284) PRCP 1869, y art. 24; arts. 134 y 26 CP 1870, con arts. 132 y 24 CPCPR 1879, arts. 131 y 26 PRCP 1880; arts. 120 y 32 PCP 1882; y arts. 132 y 25 CPF 1884.

323 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 124; y PLB 1921, b. 13.

324 Art. 238, párr. 3º, PCP 1927: “[...] por el transcurso de un período de tiempo doble al de la duración de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta”.

325 Art. 201, párrs. 2º y 3º, CP 1928.

326 Arts. 118 y 30 CP 1932; 115 y 30 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

327 Arts. 106 y 107 AFCP 1938.

328 Art. 128 PCP 1939.

329 Art. 46 *in fine* CPM 1985.

intervenciones resultan interesantes en cuanto testimonio de la concepción que de esta pena albergaban los legisladores. Así, por ejemplo, se argumenta que “el que sufre la pena de confinamiento ha cometido un delito muy leve: una quimera, una casualidad, cualquier delito basta para imponerle confinamiento”, que “es claro que en la escala de las penas corporales lo más leve es la confinación á un pueblo ó distrito, y que por lo tanto sólo deberá imponerse á los delitos más leves”, o que “hay una diferencia muy grande entre el delito del confinamiento y los demás delitos. Los demás delitos suponen un corazón dispuesto á hacer en todos los lugares el mismo daño; pero el delito cuya pena es el confinamiento, no supone un corazón tan generalmente dañino, porque es delito local, lo es de solo aquel momento en que se presenta al reo la ocasión de amor ó de desamor que le hace caer”³³⁰. Pues bien, tanta lenidad y tanta excepcionalidad al parecer se quería ver en los delitos merecedores de esta pena que a ninguno se le señaló: sí, por sorprendente que parezca, después de su inclusión en el precepto-catálogo de penas, tras su definición sistemática en la parte general del Código, toda la cuestión se resuelve en que la especial acaba por desdeñarla de facto como instrumento punitivo, haciendo de ella una suerte de *pena fantasma*... No hallo, en efecto, más uso del confinamiento en 1822 que el del obligado a afianzar su conducta que no halle fiador, y esto en concurrencia con el arresto a criterio del juzgador³³¹; desde luego, en la parte especial esta pena, sorprendentemente, brilla por su ausencia. En el Proyecto de 1821 no aparecía ni siquiera aquella previsión subsidiaria³³², introducida en el curso de la tramitación parlamentaria. Sin embargo, la tantas veces revivificada Ley de 17 de abril de 1821, cuya mayor parte se integró en el Código Penal³³³, se servía del *confinamiento en algun pueblo de las islas adyacentes, bajo la inmediata inspeccion de las respectivas Autoridades civiles* contra quien exhortare a no guardar la Constitución o propagare máximas o doctrinas contrarias a ella³³⁴, pena que tanto el Proyecto de Código como el

330 *DSC* 1821-1822, t. II, nº 90, ses. 23-XII-1821, pp. 1424-1425 (se citan, respectivamente, palabras de Francisco Cavaleri, de Francisco Martínez de la Rosa y de Juan Romero Alpuente).

331 Art. 79 CP 1822.

332 Véase el art. 82 PCP 1821.

333 Consúltese FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, pp. 85, 88.

334 Ley de 17 de abril de 1821, arts. 3º y 7º, en donde “se establecen las penas que habrán de imponerse á los conspiradores contra la Constitución é infractores de ella”, con varias prescripciones “[...] de confinamiento en algun pueblo de las islas adyacentes, bajo la inmediata inspeccion de las respectivas Autoridades civiles”.

propio Código trocaron en prisión³³⁵. Menos sorprendentemente, porque a fin de cuentas eran aún material de trabajo, tampoco en 1830 ni 1834 aparece el confinamiento, al menos el escuetamente restrictivo de la libertad de desplazamientos, porque el confinamiento en castillo o fortaleza sí alcanza alguna –escasa– presencia en el primero de estos textos³³⁶.

El Proyecto *Sainz de Andino*, en 1831, confina en isla adyacente, pueblo o comarca peninsular a ciertos condenados por prostitución³³⁷, concubinato³³⁸ u homicidios alevosos desistidos³³⁹; es ésta una de las penas comunes de la complicidad en los delitos³⁴⁰; y corresponde al reincidente con una primera condena de destierro³⁴¹ y al quebrantador de éste³⁴². Finalmente, como modificación subjetiva de la punibilidad, impone confinamiento a los individuos de las clases y cuerpos superiores del Estado en sustitución del servicio forzado militar³⁴³. Hay, además, un supuesto que presenta grandes similitudes: la remisión del vago, tras la reclusión o las obras públicas que se le impongan, al pueblo de su naturaleza³⁴⁴; aunque ahora anticipado, su sitio está entre las figuras análogas al confinamiento del siguiente subepígrafe.

Ortiz de Zúñiga, en su *Práctica forense* de 1843, habiendo sentado que “[...] el prudente juicio, la conciencia de los tribunales forman nuestro código penal”, recoge cómo una de las penas para castigar la conspiración es la de confinamiento, y “los que cometen delitos contrarios á la Constitucion, pero no conspirando directamente y de hecho, incurren, según la mayor ó menor gravedad, en la pena de confinamiento á las islas adyacentes”; registra asimismo su empleo contra los delitos menos graves entre los contrarios á las buenas costumbres³⁴⁵. Aproximadamente por entonces, en 1845, la Comisión de Código Penal

335 Arts. 213 y 215 PCP 1821; 210 y 212 CP 1822.

336 Arts. 169 y 230 PCC 1830. En el otro Proyecto se prefiere *reclusión en un castillo o fortaleza* (art. 211 PCC 1834) o *deportación a algún castillo, isla o fortaleza* (art. 795 PCC 1834); como no sea el muy forzado supuesto de su art. 276 (cfr. nota VII/12), ¿qué otro confinamiento ambulatoriamente restrictivo queda?

337 Art. 570 PCC 1831.

338 Art. 572 PCC 1831.

339 Arts. 810 y 813 PCC 1831.

340 Art. 1115 PCC 1831.

341 Art. 1134 PCC 1831.

342 Art. 1154 PCC 1831.

343 Art. 127, párr. 4^o, PCC 1831.

344 Art. 443 PCC 1831.

345 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, pp. 199-201.

entrega unos trabajos preparatorios con recurso nada desdeñable, en lo cuantitativo, al confinamiento: para el desterrado que quebrante³⁴⁶, para duelistas³⁴⁷, para raptos³⁴⁸, contra el incesto escandaloso³⁴⁹, la sustracción de menores³⁵⁰, las amenazas como medio de perpetrar un delito³⁵¹, ciertas conspiraciones³⁵² y abusos de funciones eclesiásticas³⁵³; algunos otros casos hubo propuestos en que los comisionados resolvieron finalmente la no utilización del confinamiento³⁵⁴.

A poco, el plausible logro de una codificación penal que va a consolidarse modifica en mucho el panorama jurídico-criminal, que Zúñiga, ya coaligado con Castro, vuelve a repasar. Tenían éstos la escala gradual tercera, que aglutina en 1848 las restricciones a la libertad ambulatoria, por propia de delitos políticos y otros que no irrogan vergüenza o se saben socialmente disculpados hasta cierto punto; bien, específicamente de la pena que ahora tenemos focalizada, sostienen al apoyar la sustitución de su modalidad *mayor* por el servicio militar que “los condenados á confinamiento son siempre reos de delitos políticos, sin mezcla ni reato alguno de vergonzosa criminalidad: serán tambien con gran frecuencia jóvenes entusiastas y arrojados, tal vez con resabios de holgazanería”³⁵⁵... Compruébese: en 1848 se prescribe confinamiento mayor sólo contra los meros ejecutores de la rebelión³⁵⁶; confinamiento menor sufrirán los meros ejecutores de la sedición³⁵⁷, los eclesiásticos que provoquen a

346 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622 (art. sin numerar).

347 ACGCP, ses. 18-IV-1845, a. 10, p. 689 (art. 48, párr. 2º).

348 ACGCP, ses. 25-IV-1845, a. 14, pp. 713 y 721 (art. 9º –alternativo a la prisión–), p. 714 (art. 10).

349 ACGCP, ses. 30-IV-1845, a. 16, p. 726 (art. 18 –alternativo a la prisión–).

350 ACGCP, ses. 14-V-1845, a. 20, p. 759 (art. 8 –alternativo a la prisión o la multa–) y 772 (art. sin numerar –sigue siendo discrecional–).

351 ACGCP, ses. 16-V-1845, a. 21, pp. 766-767 (art. 15 –alternativo a prisión o multa–).

352 ACGCP, ses. 16-VI-1845, a. 39, p. 911 (art. sin numerar).

353 ACGCP, ses. 25-VI-1845, a. 45, pp. 158-159 (arts. 57 y 58).

354 Conmutación de las penas del homicidio no calificado o lesiones con la misma nota, en ACGCP, ses. 24-IV-1845, a. 13, p. 705 (arts. 36 y 39); complicidad en el adulterio, *ibidem*, ses. 28-IV-1845, a. 15, pp. 723-724 (art. 19); coligaciones de obreros, *ibidem*, ses. 5-VI-1845, a. 31, pp. 841-846 (art. 46); y denuncias calumniosas, *ibidem*, ses. 3-VII-1845, a. 50, p. 999 (art. 10).

355 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 227 (repásense aquellas sus previas composiciones de lugar, *ibidem*, pp. 140 y 201).

356 Art. 170 CP 1848.

357 Art. 178 CP 1848.

resistencia a la autoridad o desórdenes públicos³⁵⁸ o celebren matrimonios ilegales³⁵⁹, algunos de quienes intervengan en duelos o desafíos³⁶⁰; también resulta confinado quien quebranta su destierro³⁶¹. El Código de 1850 mantiene este último supuesto y todos los de confinamiento menor³⁶², pero deja de confinar a los rebeldes y a cambio sí impone confinamiento mayor a las autoridades que no resistieren a la rebelión o la sedición³⁶³; precisamente, ante estas últimas eventualidades, la Ley de Orden Público de 1867 castigará con confinamiento mayor a las autoridades y funcionarios públicos que, no siendo de nombramiento directo por el gobierno, omitieren el auxilio inmediato a la autoridad militar para sofocar la rebelión o sedición y restablecer el orden³⁶⁴.

En 1870, el confinamiento procede en delitos contra las Cortes y el Consejo de Ministros con gravedad atenuada respecto a los que merecían relegación³⁶⁵, infracciones de funcionario público contra la libertad de residencia³⁶⁶, disolución de una reunión con fuerza y resultado de lesiones graves o muerte³⁶⁷, provocaciones de eclesiástico contra la autoridad o el orden público³⁶⁸ y en los duelos o desafíos³⁶⁹. En el Código Penal carlista de 1875 el confinamiento viene blandido³⁷⁰ frente a los meros ejecutores de la sedi-

358 Art. 199 CP 1848.

359 Art. 393, párr. 1º, CP 1848.

360 Arts. 340, párr. 2º, y 342 CP 1848, aunque respecto al segundo de estos preceptos lo cierto es que no se deja nada claro, abonando el terreno del *in dubio pro reo*; como censuraba el diputado Antonio Corzo ante el Congreso, “hay otros defectos que causa rubor indicarlos, porque se tacharon de pequeños, pero en la práctica nada hay pequeño. Hay artículos en que no se expresan bien las penas, como el 342, que impone la de confinamiento sin decir si mayor ó menor” (*DSCCD* 1847-1848, t. III, nº 81, ses. 13-III-1848, p. 1756).

361 Art. 124.8ª CP 1848.

362 Arts. 124.8ª, 178, 202, 349, 2º párr., 351 y 403, párr. 1º, CP 1850. Véase Manuel LÓPEZ DE AZCUTIA, *Derecho criminal. Sustanciación de los procesos, leyes, decretos, órdenes vigentes; observaciones al Código, y exposición y explicación de casos prácticos dudosos*, pp. 19, 22.

363 Art. 186, párr. 2º, CP 1850.

364 Art. 50 LOP 1867.

365 Arts. 168, 171, párr. 1º, 172, 173, párr. 2º, 174 y 179 CP 1870.

366 Art. 222 CP 1870.

367 Art. 234, párrs. 3º y 4º, CP 1870.

368 Art. 279 CP 1870.

369 Arts. 439, párr. 2º, y 441 CP 1870.

370 Véase GÓMEZ DE MAYA, “El Código...”, pp. 122-125.

ción³⁷¹, los duelistas³⁷² y los desterrados que quebranten su sentencia³⁷³. Para Puerto Rico y Cuba, el Código promulgado en 1879 dispuso el confinamiento con escasa variación: abarca delitos contra las Cortes relativos a peticiones³⁷⁴, como los del funcionario que deportare o extrañare³⁷⁵, o disolviera reunión o manifestación con lesiones graves o muerte³⁷⁶, o el practicante en público de culto no católico³⁷⁷, el ministro religioso que provocare contra el orden público³⁷⁸ y los duelistas³⁷⁹. Más reducido está el número de casos en que confina el Código de 1884 para las islas Filipinas: los delitos contra las Cortes³⁸⁰, la expulsión de las islas por un funcionario público³⁸¹ y los duelos³⁸².

El Proyecto de 1880 apareja confinamiento, sin ninguna originalidad, a la conducta de practicar un culto en público distinto del católico³⁸³, a los delitos contra las Cortes y el Consejo de Ministros³⁸⁴, a algunos cometidos por funcionarios públicos contra derechos constitucionales, deportando o extrañando³⁸⁵, disolviendo reuniones y manifestaciones con uso de la fuerza y producción de lesiones graves³⁸⁶, a la provocación a desórdenes públicos por eclesiásticos³⁸⁷, a los duelos³⁸⁸.

Manda confinar el Código de 1928 a los autores de ciertos delitos contra el Consejo de Ministros y a los practicantes de culto no católico fuera del recinto que les sea propio³⁸⁹; y recuérdese que, como disposición transito-

371 Art. 174 CPC 1875.

372 Arts. 340, párr. 2º, CPC 1875.

373 Art. 120.8ª CPC 1875.

374 Arts. 164 y 165 CPCPR 1879.

375 Art. 211 CPCPR 1879.

376 Art. 222, párrs. 3º y 4º (de confinamiento en grado máximo a relegación temporal), CPCPR 1879.

377 Art. 228 CPCPR 1879.

378 Art. 275 CPCPR 1879.

379 Arts. 438, párr. 2º, y 440 CPCPR 1879.

380 Arts. 166 y 167 CPF 1884.

381 Art. 212 CPF 1884.

382 Arts. 424, párr. 2º, y 426 CPF 1884.

383 Art. 134, párr. 1º, PRCP 1880.

384 Arts. 177, párr. 1º, y 179, párr. 2º, 180 y 185 PRCP 1880.

385 Art. 227 PRCP 1880.

386 Art. 237, párr. 3º, PRCP 1880.

387 Art. 277 PRCP 1880.

388 Arts. 445, párr. 2º, y 447 PRCP 1880.

389 Arts. 266 y 275 CP 928, respectivamente.

ria a la espera de nueva regulación por ley especial, el nuevo corpus penal mantenía el vigor de varios preceptos del Código de 1870³⁹⁰, algunos de ellos portadores de confinamiento como carga punitiva³⁹¹. El Código de la Segunda República se atiene al de la Primera a la hora de disponer el confinamiento: delitos contra las Cortes y el Consejo³⁹², como núcleo más compacto, y todos los demás ya sabidos, con la sola salvedad de los duelos³⁹³.

El confinamiento continúa sirviendo en el Anteproyecto falangista de 1938 de pena para reprimir manifestaciones y peticiones, injurias e intimidaciones en el ámbito del palacio del gobierno³⁹⁴, así como contra el funcionario que deportare o extrañare arbitrariamente³⁹⁵. Este último empleo es el que acapara todas las aplicaciones de la pena en el Proyecto de 1939, precisamente como respuesta a cualesquiera restricciones ilegales a la libertad ambulatoria³⁹⁶. Mantenía el confinamiento en 1944 unas aplicaciones que ya se habían hecho estables: a los delitos contra las Cortes³⁹⁷ y al funcionario que perpetrare extrañación o deportación³⁹⁸. Nada cambia, para estas consideraciones, en 1963³⁹⁹ ni en 1973: protección punitiva de las Cortes⁴⁰⁰ y –en añadido posterior– de los organismos autonómicos equivalentes⁴⁰¹, correctivo para el funcionario conculcador de la libertad de residencia⁴⁰². Desde 1944, el confinamiento se ve reducido, pues, a penar ciertos delitos contra los altos organismos de la nación, ámbito al que se agregaba en 1981, de nueva planta,

390 Art. 856 CP 1928.

391 Los artículos 168, 171 a 174, 222 y 234 CP 1870. Cfr. nota IV/1092.

392 Arts. 153, 155, 158, párr. 1º, 159, 161 y 165 CP 1932. Véase, otrosí, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 474-496, la “Sentencia por las responsabilidades del golpe de Estado”, dictada el 7 de diciembre de 1932 decidiendo “[...] la causa sobre las derivadas del golpe de Estado de 13 de septiembre de 1923 y de los actos políticos de las dictaduras”, con profusión de condenas a confinamiento para los hombres fuertes del primorriverismo.

393 Arts. 204, 216, párrs. 3º y 4º (“delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales”), y 272 (“delitos contra el orden público”) CP 1932.

394 Arts. 141, 144, 145, 147 y 150 AFCP 1938.

395 Art. 183 AFCP 1938.

396 Art. 387, párr. 1º, PCP 1939.

397 Arts. 150, párr. 1º, 153, párr. 1º, 154 y 157 CPTR 1944.

398 Art. 190 CPTR 1944.

399 Arts. 150, párr. 1º, 153, párr. 1º, 154, 157 y 190 CPTR 1963.

400 Arts. 150, 153 y 157 CPTR 1973.

401 Art. 160 bis CPTR 1973, adicionado por L. O. 2/1981.

402 Art. 190 CPTR 1973.

el de las Comunidades Autónomas; hubo así continuidad hasta el final en la estimación del confinamiento como pena apta para delincuentes políticos a los que convenía mantener vigilados.

No obstante, logra encontrar esta pena otros espacios vitales. El Código Penal Militar de 1985 separa como diferentes, en su escala de penas, el confinamiento y el destierro, mas, a la hora de su asignación a los tipos, parece fusionarlas al castigar únicamente *con la de confinamiento o destierro*, lo que sólo ocurre ante dos conductas: la desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio y el derrotismo⁴⁰³. Por último, en cuanto a las medidas de seguridad identificables conceptualmente con el confinamiento, *la obligación de residir en un lugar determinado*⁴⁰⁴, por la Ley de Vagos y Maleantes resultaba de aplicación a vagos habituales⁴⁰⁵, a quienes no justificasen la posesión legítima de dinero o efectos⁴⁰⁶ y a quienes ocultaran o disimulasen su personalidad⁴⁰⁷. En la Ley de Peligrosidad de 1970, a los mismos vagos habituales⁴⁰⁸, a los ebrios también habituales y los toxicómanos⁴⁰⁹, a quienes se conduzcan con comportamiento insolente o brutal, a los pandilleros y a quienes vayan armados⁴¹⁰. Las medidas llevadas a los Códigos (1928 y 1995) carecen de esta prefijación o vinculación legal al juzgador.

Sólo resta hacer ver cómo, siendo cierto que el confinamiento se aplica de preferencia a la delincuencia política, no cabe apreciar esto con exclusividad hasta las últimas concreciones legales de la pena en el ordenamiento general, puesto que la protección de valores e intereses religiosos, los duelos⁴¹¹ o el quebrantamiento de la extrañación también han formado parte de su núcleo histórico de acción punitiva.

403 Arts. 63 y 64, párr. 1º, CPM 1985 (las dos veces, en alternativa concurrencia con una pena de prisión).

404 Arts. 4º.5ª LVM 1933 y 5.9ª LPRS 1970.

405 Art. 6º.1º.b LVM 1933.

406 Art. 6º.3º.c LVM 1933.

407 Art. 6º.7º.a LVM 1933.

408 Art. 6.1º.b LPRS 1970.

409 Art. 6.5º.d LPRS 1970.

410 Art. 6.7º.f LPRS 1970.

411 Véase, sobre este uso, NAVARRO DE PALENCIA, "La pena", p. 594.

10. Figuras análogas al confinamiento

Históricamente, podría citarse la carcelería como análoga en alguna medida al confinamiento, mas sin obviar que se trata de una medida procesal de función más análoga a la prisión preventiva y, desde luego, sin alcance punitivo⁴¹². Si a ello hemos de constreñirnos, habrá que empezar por la idea de Sainz de Andino de que el vago, a quien en cuanto tal debe de habersele impuesto pena de reclusión o de obras públicas, pase, licenciado que sea, al pueblo de su naturaleza⁴¹³. Después de esto, mucho hay que revisar antes de dar en los Códigos con instituciones diversas del confinamiento pero con alguna semejanza formal: pudo Silvela haber hojeado el de 1831, porque en su Proyecto de 1884 hay, al margen de un confinamiento nominal que no aparece en su escala de penas, otra figura que en mucho se le asemeja: cuando al reo vago o reincidente “[...] el Ministro de la Gobernación podrá [...] señalarle el pueblo de su naturaleza ú otro como lugar fijo de residencia, durante el tiempo de la condena”⁴¹⁴.

Saldaña, en sus trabajos preparatorios de 1920, duplicando la respuesta penal a base de medidas de seguridad, apronta alguna de índole más o menos confinatoria: entre las medidas de privación de libertad coloca la *residencia y domicilio forzosos*⁴¹⁵, especie de confinamiento, no punitivo, sino cautelar en atención a la peligrosidad; con esta medida, al condenado, “los tribunales podrán acordar en las sentencias, como consecuencia del delito o como complemento de la pena, [...] hacerle cambiar de domicilio o residencia”⁴¹⁶. Es la *residencia y domicilio intervenidos* del Proyecto de Ley de Bases de 1921⁴¹⁷. La tabla de medidas de seguridad que por primera vez encuentra acceso al Código no muestra ninguna de carácter confinatorio⁴¹⁸, pero la siguiente y fundamental norma en regular esta parcela criminógena, la Ley de Vagos y Maleantes, sí lleva el año 1933 a su elenco de medidas *la obligación de residir en un lugar determinado por el tiempo que establezcan los Tribunales*⁴¹⁹, la cual tiende, res-

412 Cfr. nota VII/122.

413 Art. 443 PCC 1831.

414 Art. 71, últ. párr., PCP 1884.

415 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112 (art. 69 ACP 1920).

416 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 114 (art. 75 ACP 1920).

417 PLB 1921, b. 17.

418 Véanse los arts. 90 CP 1928 y 93 PCP 1927.

419 LVM 1933, art. 4º.5ª. En su primer Proyecto LVM 1933, art. 7º.3ª, se le llamaba directamente *confinamiento en territorio o localidad determinada*; en el segundo Proyecto LVM 1933, art. 4º.5ª, ya tenía la redacción a la postre admitida.

pecto a los peligrosos, “[...] a impedir sus actividades antisociales, separándolos del medio propicio a su peligrosidad o situándolos en un medio distinto que favorezca sus hábitos sociales”⁴²⁰. En el Anteproyecto de la Falange, además de la pena de confinamiento y dentro de la escala general de medidas de seguridad, figura cierta *obligación de declarar su domicilio o de residir en lugar determinado*, también con *cualquier otra prevención de igual entidad o análoga*⁴²¹. Un Anteproyecto no oficial, de origen académico, el compuesto por el profesor Castejón en 1964, alberga, en cuanto medida, la *obligación de residir en lugar determinado*⁴²². En la Ley de Peligrosidad de 1970 comparece la misma *obligación de residir en un lugar determinado*⁴²³; las medidas de este tipo “[...] se ejecutarán bajo la directa vigilancia de un delegado judicial especialmente designado y con auxilio de las autoridades judiciales y gubernativas”⁴²⁴:

El sometido a la medida deberá presentarse al delegado o, donde no lo haya, a la autoridad judicial que se designe, al empezar a cumplirla, al trasladar su residencia y cuando el Juez así lo establezca⁴²⁵.

Hoy, tras la derogación del antiguo Código, descendiente en línea recta de aquel de 1848, no queda en nuestro ordenamiento penal más que alguna de estas reminiscencias de lo que fue la pena de confinamiento: la “prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida” el condenado a prisión con la ejecución en suspenso⁴²⁶ o, entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, “la obligación de residir en un lugar determinado”⁴²⁷.

420 “Dictamen de la comisión...” LVM 1933, p. 2.

421 Art. 27 AFCP 1938.

422 CASTEJÓN, “Anteproyecto...”, art.3^o.4.

423 Art. 5.9^a LPRS 1970.

424 Art. 12.1 RPRS 1971. “Este delegado será funcionario de la Policía judicial designado, previa autorización del Juez de quien dependa, si no estuviese adscrito al Juzgado con carácter permanente” (art. 12.2 RPRS 1971).

425 Art. 12.3 RPRS 1971.

426 Art. 83.1.3^a CP 1995, que era el art. 83.1.2^a antes de la “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en BOE n^o 313, de 29-XII-2004, disp. 21760, pp. 44166-44197 (corrección de errores en BOE n^o 87, de 12-IV-2005, disp. 5835, pp. 12505-12506). Consúltense los arts. 82.1.2^a ACP 1992 y 83.1.2^a PCP 1992.

427 Art. 96.3.3^a y 105.1.b CP 1995, en la configuración dada por la L. O. 15/2003. Acaso también, en la suspensión de la ejecución de la pena, la “prohibición de

11. Cuestiones político-criminales

Justipreciada en su esencia como el decremento punitivo de la relegación, “la pena de confinamiento tiene, aunque en menor escala, las mismas cualidades ventajosas y los mismos inconvenientes [...], y suele ser útil como aquella, cuando se la aplica en la represión de los delitos políticos”⁴²⁸. Así, encontraremos prevención e inoperancia, innocuización –pero las *culebras de cascabel*, en vez de arrojarle lejos, a ultramar, se acorralan o arrinconan en un punto interior⁴²⁹– y contagio, correctibilidad y desigualdad..., aspectos valorados por la doctrina de una manera más o menos uniforme, de acuerdo con su escuela y sensibilidad. La meditación de Vizmanos y Álvarez Martínez discutir muy representativamente contrabalanceando sus litigiosas condiciones, siempre ocasionadas a encontrados enjuicamientos:

De la oportuna aplicación de las penas de confinamiento y destierro pueden esperarse excelentes resultados en cuanto sirven para prevenir ó evitar ciertos delitos; mas en cuanto á enmendar al culpable, y en cuanto á producir ejemplo son tan defectuosas, que apenas pueden emplearse bajo tal concepto, y por otra parte la desigualdad de sus efectos es muy grande, según la calidad y circunstancias de las personas que las sufren⁴³⁰.

Respecto al último achaque, muy contrapuesto en particular al recurso confinatorio, ya Pacheco había caído en cuenta de que “este es el peligro de tal pena: su desigualdad, sus consecuencias diferentes para cada persona. Parece muy sencillo el decir a un hombre que vaya a vivir a tal punto; y, sin embargo, es fácil, muy fácil, reducirle de ese modo a la desesperación”⁴³¹. Irreprochable en sí misma la crítica, sufre en cambio muy mal su puesta en relación con el conjunto de la penalidad: sin lugar a dudas, no sólo las restricciones, sino –tanto o más– las privaciones de libertad producen *consecuencias diferentes para cada persona*, en lo familiar y en lo social, en lo laboral y en lo económico (no digamos ya, sobre esto, las penas pecuniarias...), siendo con ellas en mucha mayor medida *fácil, muy fácil, reducirle de ese modo a la*

ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida” (art. 83.1.3^a CP 1995), exigible igualmente al puesto en libertad condicional (art. 90.2 CP 1995). Véanse arts. 101.b PACP 1983, 107.1.b ACP 1992 y 108.1.b PCP 1992.

428 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 148.

429 Véase PACHECO, *Estudios...*, p. 297.

430 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 366.

431 PACHECO, *El Código...*, p. 462.

desesperación... En el otro platillo de la balanza, para bien o para mal, “[...] la principal virtud que se reconoce al confinamiento es la de que permite a los poderes públicos un estricto control sobre la persona y actividades del condenado”⁴³², en lo que debe de resultar eficazísimo a la vista de cómo el poder, a tuerto o a derecho, ha prodigado su imposición pasando, cuantas veces se creyó necesario o conveniente, sobre las solemnes declaraciones de libertades, derechos y garantías. Arriba, he buscado en Espoz y Mina y en Escosura ejemplos de militares trasladados en cuanto tales como subterfugio para encubrir un pretendido destierro⁴³³; voy a añadir ahora otro personaje en el mismo concepto, el general Riego, conglobado en el mismo año 1820 de su mayor gloria con *otras personas de menos cuenta* en una medida –se les envía *de cuartel* a otro destino– que sugiere a Alcalá Galiano las siguientes consideraciones:

[...] Todos éstos eran militares, y al mandarlos a residir a ciertos determinados puntos, usaba el Gobierno una facultad que en España tiene sobre los militares, aun no estando en activo servicio. Pero en realidad de verdad, esto era desterrar, cosa muy usada entre nosotros y no olvidada aún; pues en nuestras revueltas novísimas, aun cuando han llevado lo mejor y adquirido el predominio los que se titulan y aun se creen amantes más ardorosos de la libertad, ha sido costumbre mandar salir de un pueblo a las personas cuya presencia desagrada y asusta a los dominadores, siendo idea arraigada en las cabezas españolas la de haber en el que manda facultad para determinar dónde han de residir los que obedecen⁴³⁴.

Tan próximas genéticamente como centrípetas ambas, “el contenido de la citada pena, en sus aplicaciones reales, no niega ni contradice, como en la relegación, la solemne declaración de la ley, ni ofrece dificultades de entendimiento”⁴³⁵: su única dificultad radica en la no siempre legal –o ética– imposición por la vía gubernativa, en principio sólo expedita, contemporáneamente, ante excepcionales casos en que peligre el orden público, mas luego dispensada a conveniencia y de espaldas a toda tasa, porque la autoridad ejecutiva ha abusado tradicionalmente de su potencial fáctico, propasándose de los extraordinarios y contados casos en que la ley le habilitaba para confinar o desterrar ciudadanos. A ambas irregularidades pretendo atender

432 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 90.

433 Cfr. nota I/73.

434 ALCALÁ GALIANO, “Memorias”, t II, p. 93.

435 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 594.

ahora como complemento de la visión jurídico-penal hasta aquí obtenida, y voy a hacerlo conjuntamente, no sólo por la dificultad que comportaría andar separando, en los usos como en los abusos administrativos, una casuística del confinamiento de otra del destierro, en lo cual no entra ni la misma normativa que autoriza los tasados supuestos lícitos, sino porque, de salir con bien del intento, tampoco se habría logrado nada de algún provecho científico: no caben sendas dogmáticas de una y otra sanción en su esgrimadura gubernamental; antes, lo que va de una a otra es pura intensidad en el estrechamiento propinado (en aras de la exactitud, no siempre con el destierro como sanción más débil: un confinado en su propia localidad de residencia soportará menor castigo que el desterrado⁴³⁶). El gobernante se da o se toma unas potestades genéricas, holgadas de intervención sobre la libertad de residencia o de movimientos de los gobernados; después, echará mano de la medida, centrípeta o centrífuga, que mejor le acomode: confinará o desterrará. Conforme se estrechan las demarcaciones, el confinamiento pierde virtualidad y queda el destierro en solitario, de modo que, por ejemplo, el virrey todavía podrá confinar sin impedimento técnico, pero a un concejo municipal sólo le cabrá desterrar.

Las medidas de gobierno restrictivas de la libertad han corrido en paralelo a la penalidad del mismo signo, con preponderancia cuantitativa y, por supuesto, cualitativa: el prolijo elenco de personalidades que pasaron por el trance no es de este lugar. Si debo ceñirme al ámbito del presente estudio, el que se abre con el siglo XIX, echando sólo la vista atrás como estrategia de situación, pienso que bastará remitir a la ensayística síntesis, para la monarquía absoluta, del doctor Marañón, quien se ocupa *casi siempre de nobles o de grandes dignidades de la Iglesia* que reciben del monarca su escarmiento *por pecados de orden militar o administrativo o, a veces, por faltas puramente protocolarias* que les hacen perder *la gracia real*⁴³⁷. Si descendemos a cotas menos eminentes de la sociedad, topamos con las medidas de orden emanadas de las más diversas autoridades, como son las facultades *de policía* en el ámbito regional o local, que, por supuesto, incluyen el destierro⁴³⁸; así lo encontramos impuesto por el corregidor *de plano, sin instrucción de causa ni*

436 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 91 (cfr. nota VII/123).

437 MARAÑÓN, *Españoles...*, pp. 65-66.

438 V. gr., véanse Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Gobernación y gobernadores: notas sobre la Administración de Castilla en el período de formación del Estado moderno*, p. 142; o Enrique VILLALBA PÉREZ, *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del S. XVII*, p. 206.

*alegación de motivo*⁴³⁹: se trata de las atribuciones que Castillo de Bovadilla le adjudicaba en orden a desterrar a los indeseables de su jurisdicción, muy señaladamente a los vagos y ociosos, pero también a leprosos, rameras, ruidosos, locos y *traviesos*: “[...] limpie y barra el buen Corregidor su pueblo de los malos, y eche y alcance del los que son nocivos à su Republica, si son dañosos è incorregibles”⁴⁴⁰ (en curiosa contrapartida, Bermúdez Aznar documenta entre las causas extraordinarias de finalización del oficio cómo “hay abundantes ejemplos de expulsión del enviado regio por decisión concejil”⁴⁴¹). De esas páginas de la *Política para corregidores* dice Tomás y Valiente que “entra aquí en juego la faceta del Corregidor como tutor del orden público –por decirlo con terminología actual–, más que su dimensión estrictamente jurisdiccional”⁴⁴². Sin lugar a dudas, resulta complejo, cuando no descabellado, hacer casuística pretérita con categorías o bajo criterios hodiernos, mas lo indudable es que todo esto corre ajeno a las garantías inherentes al proceso judicial.

Reflexionando en torno a la represión de las *gentes de mal vivir* por la sociedad tardomedieval –aunque con proyección moderna– expeliéndolas de la ciudad, el profesor Collantes de Terán avisa de que “parece distinguirse dos tipos de malhechores y de rufianes, los que sólo son rufianes u ‘omes que biuien de malas artes’, y los que han cometido algún delito o maleficio. Éstos serán juzgados y aquéllos simplemente expulsados, y sólo en caso de no obedecer la orden de expulsión serán condenados a la pena de azotes [...]; en caso de reincidencia, [...] se les condena a muerte” o quizá alguna vez “a las galeras y fustas que se armen por el rey”⁴⁴³. Para el mismo período y lo sucesivo, Bazán Díaz ha puesto sobre el tapete “[...] la cuestión de las expulsiones del término jurisdiccional de una localidad que se realizaban sin que previamente tuviera lugar un proceso penal. Esta modalidad, si se puede emplear tal terminología, se aplicaba

439 Fernando ALBI, *El corregidor en el municipio español bajo la Monarquía absoluta (ensayo histórico crítico)*, p. 216.

440 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, pp. 380-381, 383-384 (véase ALBI, *El corregidor...*, p. 219), 384 y 387-388; la cita, en CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, p. 381.

441 Agustín BERMÚDEZ AZNAR, *El Corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1348-1474)*, pp. 205-206.

442 FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, p. 225. En otras ocasiones, será el destierro una especie de medida cautelar ordenada al proceso (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, p. 386).

443 ANTONIO COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, “Actitudes ante la marginación social: malhechores y rufianes en Sevilla”, en *Actas del III Coloquio de Historia medieval andaluza. La sociedad medieval andaluza: grupos no privilegiados*, p. 300.

con gran frecuencia a nivel de las autoridades municipales de las villas y ciudades con personas desclasadas que vivían de la mendicidad y el vagabundeo, y eran forasteras”⁴⁴⁴. Visto lo visto, da la impresión de que la *política del desembarazo* funcionaba con normalidad desde el más reducido ámbito, el local, hasta el regio vértice de la pirámide del poder. Y se trata de facultades indiscutidas que parecen discurrir por cauces legítimos, aunque alguna vez pueda asomar el desafuero: por ejemplo, si “con independencia de los casos que originasen procesos penales, se reforzó el ejercicio de la potestad gubernativa del corregidor acudiendo al destierro de los causantes de problemas de orden público”, una *posibilidad expresada habitualmente en los documentos de nombramiento*⁴⁴⁵, obra en contapartida –pero a la par acabando de configurar esta vía– la única supervisión de tales competencias *de expulsar de la ciudad a quienes se mostraron como elementos perturbadores de la paz urbana*, cuya inespecífica holgura “[...] dio origen a algunos abusos de poder que obligaron al monarca a subsanarlos mediante la readmisión de vecinos expulsados⁴⁴⁶. Matemáticamente, toda sanción o medida gubernativa, franca de cautelas y mucho menos fiscalizada que la pena, se halla más expuesta a una autoritaria instrumentación.

Acercándonos a la época que ha de considerarse, tras unos sonoros e inmediatos precedentes en la elite ilustrada –los ministros Aranda y Floridablanca, el embajador Azara...–⁴⁴⁷, comienza la centuria decimonónica con algunos otros destierros extrajudiciales de muchas campanillas: el de un Escoiquiz ya en franca desgracia⁴⁴⁸ o, en las alturas de la Regencia gaditana, el de la saliente por la entrante, según orden de 17 de diciembre de 1810⁴⁴⁹. El confinamiento tuvo también su papel en las convulsiones represivas de Fernando VII, quien no se limitó al empleo de la extrañación como expediente geográfico para contener enemigos o adláteres caídos: así confinó a sus ministros González-Vallejo, García Pizarro...; Mor de Fuen-

444 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 35.

445 Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, p. 108.

446 BERMÚDEZ AZNAR, *El Corregidor...*, pp. 186-187.

447 JOVELLANOS, *Diario*, pp. 166, 172-173; Rafael OLAECHEA/José Antonio FERRER BENIMELI, *El Conde de Aranda: mito y realidad de un político aragonés*, pp. 379-380; ANTONIO FERRER DEL RÍO, “Introducción” al Conde de Floridablanca, *Obras originales y escritos referentes a su persona*, p. XXXVIII; José Nicolás de AZARA, *Memorias del ilustrado aragonés José Nicolás de Azara*, p. 404.

448 ESCOQUIZ, *Memorias...*, pp. 182-183, 189, 191.

449 SAAVEDRA, *Memorias...*, p. 235; Manuel MORÁN ORTÍ, *Poder y gobierno en las cortes de Cádiz (1810-1813)*, pp. 106-107.

tes nos cuenta, verbigracia, cómo ayudó al futuro ministro trienal Feliú, confinado por el monarca absoluto ya en vísperas *del levantamiento de la isla de León y restablecimiento del sistema constitucional*⁴⁵⁰. Y a resultas del deplorable Decreto expedido por el malhadado Borbón contra los liberales tras el *desfile* militar de Angulema⁴⁵¹, también “no pocos de los de 1823 emigraban entonces por segunda vez en menos de diez años. Penosa experiencia que no todos quisieron repetir, aun a sabiendas del riesgo que corrían en su patria”; una porción de ellos “[...] prefirió esta vez el confinamiento a la expatriación”⁴⁵², confinamiento en el cual hallan cabida las dos acepciones del término: la que latamente abraza toda reclusión, irrelevante aquí, pero asimismo la más liviana de restricción geográfica. Por algo llama Pérez Mateos a Fernando VII *campeón de estas penas*⁴⁵³. Hito de esta política es la muy madrugadora disposición del 4 de octubre de 1823 que comenzó por desterrar a los infidentes de la corte y sus contornos, de los sitios reales y hasta de toda cercanía a la real persona del *Deseado*⁴⁵⁴. Tradicionales y sin objeción admitidas eran las amplias facultades del soberano para deshacerse de los súbditos molestos; sirva como muestra de ello lo deliberado en cierto Consejo de Ministros de Fernando VII, el del 25 de agosto de 1825, donde, sobre la real orden del día anterior que habilitaba al superintendente de policía para hacer salir de la corte a cualquier persona sospechosa –no se dice de qué–, se procede a expulsar con particularidad, *sin perjuicio de echar a otros varios*, a media docena de mandos militares y civiles⁴⁵⁵. Incluso la agonía y fallecimiento del monarca dieron

450 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 23-24; JOSÉ GARCÍA LEÓN Y PIZARRO, *Memorias*, p. 318; MOR DE FUENTES, *Bosquejillo...*, pp. 63-64.

451 Sobre este Decreto *del Puerto de Santa María*, cfr. nota III/46.

452 LLORENS, *Liberales...*, p. 16.

453 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 21.

454 “Real orden, por la que S. M. previene que las personas aquí designadas no puedan permanecer á cinco leguas en contorno de su tránsito á Madrid, y á quienes tambien se prohíbe para siempre su entrada en esta capital y Sitios Reales al radio de quince leguas”, de 4 de octubre de 1823, en *DRJRM* 7, pp. 152-153.

455 *Actas del Consejo de Ministros: Fernando VII. Tomo I (1824 y 1825)*, nº 116, ses. 25-VIII-1825, p. 303: “Habiendo trasladado el S. Ministro de Estado á los S. Secretarios de los Departamentos de Marina, Hacienda y Guerra una R.¹ orden q.^e dirgio con fhã. De ayer al Superintend.^{te} gen.¹ de Policia sre. la urgente necesidad de reprimir con mano fuerte todos los excesos q.^e paralizan la acción del Gobierno, y autorizandolo p.^a q.^e con anuencia de los mismos haga salir de la corte á toda persona sospechosa, esté ó no

paso a restricciones deambulatorias de diverso signo: verbigracia, refiere el poeta Zorrilla cómo “a la llegada a Madrid de la reina María Cristina, era mi padre superintendente general de policía del reino”, precisamente, pero con el vuelco de la situación política, “salió mi padre desterrado de Madrid y Sitios Reales el 1832”, camino de *su destierro de Lerma*⁴⁵⁶. Del rey abajo, la posibilidad de desterrar o de confinar seguía ofreciéndose a autoridades y corporaciones de diversa jurisdicción, continuando en su ser la disponibilidad extrajudicial de tales restricciones para gobernadores y corregidores, incluso, reconocidas o admitidas, para los concejos. De aquel entonces, y nuevamente con trasfondo político, nos deja la historia literaria otro conocido episodio confinatorio, el de Espronceda, víctima de un castigo gubernativamente prescrito sin rastro oficial siquiera (y discorde con los alientos incipientemente codificadores de la época) por el absolutismo reaccionario y agónico⁴⁵⁷. Confinamiento judicial es, a simple vista, el resultante del proceso formado el año 1836 a la inefable sor Patrocinio Quiroga, aunque tan intervenido por el Gobierno que “sin citar ley infringida alguna, se le imponía una pena o castigo que no consta en código ni texto alguno [...], con la intrigante anomalía de que no se fija lugar, ni duración ni fin de este confinamiento” *conventual*⁴⁵⁸. Ya desde el primer tercio de la centuria,

avecindada ó empleada en Madrid, y p.^a q.^e arreste á las q.^e crea conven.^{te}, se reunieron en Marina los referidos S.^{es} Secretarios del Despacho y Superintend.^{te} de Policía y se trató de si convendria espulsar á todos de una vez ó irlo haciendo paulatinam.^{te}, y habiendo convenido en q.^e este ultimo medio produciria mas efecto, se acordó q.^e (sin perjuicio de echar a otros varios) se haga salir ésta noche, en el termino de seis horas, a D. Francõ. Chaperon p.^a Caceres, al coronel D. Jose Loreto Torres p.^a Pamplona, al consegero de Hacienda D. Mariano Rufino Gonzalez p.^a Betanzos, al coronel y comand.^{te} de caballeria realista D. Manuel Ceca p.^a Barcelona y al P. Negrete p.^a un convento de las provincias de Santander en donde parece tomó el hábito; q.^e mañana haga salir en el propio termino de seis horas al oficial Benvenutti p.^a Canarias, al gen.^l Valero p.^a Mahon, al consegero honor.^o de Guerra Morejon p.^a Iviza y al conde de Torrealta p.^a Algeciras”. Cfr. nota IX/95.

456 JOSÉ ZORRILLA, *Recuerdos del tiempo viejo*, pp. 170, 33, respectivamente

457 JOSÉ DE ESPRONCEDA, “Sancho Saldaña o El castellano de Cuéllar”, *Obras completas*, p. 1028; *id.*, “Cartas y documentos”, *ibidem*, pp. 1337-1338 (c. 11), 1339-1340 (cs. 13 y 14), 1343-1344 (c. 19); ROBERT MARRAST, *José de Espronceda y su tiempo*, pp. 256-257, 259-261, 292-300.

458 Véanse GARRIDO Y TORTOSA, *La España...*, pp. 111-112, con la *reproducción literal del juicio de condena de la hermana sor Patrocinio*; y VOLTES, *Sor Patrocinio...*, pp. 82-99, 108-110 (más *ibidem*, pp. 128-132, 137-151, 159-160, 178-192, 253 y ss., para ulteriores traslados sancionadores).

se constata cómo en no pocas ocasiones la insularidad se incorpora como un plus de rigorismo y de quebranto moral para el confinado: así, el conspirador Aviraneta, *deportado a Canarias* –califica su biógrafo y pariente Baroja– en 1836, como *medida gubernamental de Espoz y Mina*⁴⁵⁹, aquel confinado de otra hora... Detengámonos ante el contexto de este caso al amparo de una muy destacable norma de suspensión de garantías, el Real Decreto de 22 de diciembre de 1836:

Pero si de las diligencias practicadas por el gefe político no resultase á juicio del mismo una prueba legal del hecho, resultando no obstante una prueba ó convicción moral de que el detenido trabaja contra la libertad de la nación ó contra la seguridad del Estado, bajo cualquiera de los conceptos espresados en el artículo 1º, pasará los antecedentes al gobierno, para que examinándose en junta de ministros, si conviniesen cuatro de ellos en que hay ó puede haber prueba legal, se le ponga á disposición del juez competente al objeto que se previene en el artículo 5º, y si por unanimidad hallasen sola la prueba ó convicción moral, pueda el gobierno destinarle gubernativamente al punto que considere conveniente no siendo á mayor distancia que la de las islas adyacentes á la Península; ni por mas término que el de seis meses, durante el cual estará bajo la vigilancia de las autoridades locales, las que se abstendrán de toda vejación ó molestia arbitraria. [...] El gobierno [...] tendrá la precisa obligación de dar cuenta á las Cortes en sesión pública ó secreta (segun mejor convenga al bien del Estado) para su debida inteligencia⁴⁶⁰.

Bien se ve que, con perspectiva histórica, las sanciones o cautelas de confinamiento o de destierro han sido de ejercicio recurrente en la vía gubernamental, ora con habilitación normativa, ora por la vía de los hechos⁴⁶¹. Aunque ya antes hubiese consignación normativa de que, en materia de sanciones o penas de policía, “los agentes de la Administración no pueden por sí aplicar otras que las multas determinadas por los reglamentos, en los casos y por las cantidades que ellos señalan”⁴⁶², en el terreno de los principios del ordena-

459 Pío BAROJA, *Aviraneta, o la vida de un conspirador*, p. 202 (complétese, *ibidem*, pp. 201-202, 207, 209-211).

460 “Real decreto circulando el de las córtes fecha 18, por el cual se concede al gobierno facultades estraordinarias para proceder contra los indiciados ó sospechosos de conspiracion contra el sistema constitucional, ó contra la seguridad del Estado”, de 22 de diciembre de 1836, en *CLRDO* 1, pp. 50-52, art. 6º.

461 Sabemos de su *antiguo carácter administrativo* (MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 410).

462 Instrucción de 30 de noviembre de 1833, art. LXXVII, en ALCUBILLA, *Diccionario...*, t. VI, pp. 820-841.

miento, la Constitución de 1837 fue la primera en poner coto a tan peligrosa facultad:

No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningun español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban⁴⁶³.

Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la monarquía, ó en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley⁴⁶⁴.

Sin embargo, el precepto se solapa con la extralimitada ejecución de los confinamientos gubernativos que había propiciado el Decreto de diciembre anterior⁴⁶⁵. Es más, por un simple Real Decreto, “[...] la Reina Gobernadora [...] y en el ínterin que reunidas las cortes se toma de acuerdo con ellas la resolución mas conveniente, he tenido a bien mandar, oído el consejo de ministros”, una inequívoca disposición:

Las mugeres é hijos menores de las personas que estén al servicio de don Carlos saldrán de Madrid y de los pueblos á 8 leguas de distancia de esta capital en el término de ocho días; y llegados que sean al pueblo de la residencia que elijan, se presentarán á la autoridad local, por la que serán vigiladas⁴⁶⁶.

Aunque los citados preceptos de 1837 fueron recogidos a la letra por la carta constitucional de 1845⁴⁶⁷, parece que las inveteradas prácticas no re-

463 Art. 7º CPME 1837.

464 Art. 8º CPME 1837.

465 En torno a la poco escrupulosa observancia del límite semestral, incluso por encima del art. 7º CPME 1837 (promulgada el 18 de junio y publicada el 24), consúltese la Real Orden “pidiendo varias noticias sobre los confinados por el gobierno á las provincias en uso de las facultades extraordinarias que le otorgaron las cortes”, de 7 de octubre de 1837, en *CLRDO* 2, pp. 174-175.

466 “Real decreto para que las mugeres é hijos menores de las personas que se hallan al servicio de don Carlos salgan de Madrid á pueblos distantes ocho leguas, con lo demas que se espresa”, de 26 de octubre de 1838, en *CLRDO* 5, p. 209, art. 1º.

467 Art. 7º CME 1845. También entra en el nonato texto constitucional elaborado por las Constituyentes de 1854 revisando la Carta Magna de 1837, esto es la llamada “Constitución de la Monarquía Española de 1856” [PCME 1856], en SEVILLA ANDRÉS (ed.), *Constituciones...*, t. I, pp. 463-475, art. 8, párr. 1º; ahora bien, *ibidem*, art. 9, párrs. 1º y 2º, “si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se

mitieron y se siguió desterrando y confinando cuanto se tuvo por pertinente desde un poder que ni siquiera tenía empacho en ascender por la escala de la represión hasta deportar o extrañar a sus contestatarios. A veces su única huella normativa se reduce ya al levantamiento de la medida⁴⁶⁸. Período fecundo en medidas restrictivas de la libertad fue la administración del Conde de San Luis, en el poder entre 1853 y 1854 como jefe de la facción política de los *polacos*: varios generales las sufrieron; los más renombrados, el Duque de la Torre, Ros de Olano o el general O'Donnell, “[...] que pasó algún tiempo de confinamiento en Canarias, islas que posteriormente se convirtieron en lugar preferido para distintos castigos de destierro”⁴⁶⁹; este mismo año de 1854 se expulsa de la corte a los eclesiásticos no legítimamente residentes⁴⁷⁰. Se trajo arriba la cáustica definición que da, en 1855, el *Diccionario de los políticos* de Rico Amat a la voz *deportación*; veamos ahora que la concepción –y su razonamiento– del destierro transita por unos mismos parajes –ya conocidos– de la vida nacional, sólo que ahora al *desembarazo* por donaire se le llama *despejo*:

Destierro.- Despejo que hacen los alguaciles en la plaza de toros para el mejor orden de los espectáculos. Cuando algun discolo aficionado salta la barrera al instante lo hacen salir de la plaza los alguaciles para que no sirva de estorbo. / Esto mismo hacen los gobiernos en las elecciones. Antes de empezarse la función se verifica el despejo por medio de sus dependientes, haciendo salir de la plaza, esto es, del distrito ó de la provincia, á los

determinará por una ley. / Promulgada ésta, el territorio a ella sujeto se regirá durante la suspensión por la ley de orden público establecida de antemano”.

468 V. gr., el “Real decreto alzando todos los destierros y confinamientos impuestos por las juntas, sin perjuicio de que sigan su curso las causas que hubiere pendientes”, de 7 de noviembre de 1840, en *CLRDO* 8, p. 411; o el “Decreto para que los confinados por los sucesos de octubre vuelvan á sus domicilios”, de 12 de diciembre de 1841, en *CLPS* 2, pp. 827-828. Ojéense otras disposiciones relevando de infligidos confinamientos en *CLDDC* 32, pp. 100-101, 191-192.

469 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 24. Véase el “Real decreto, revocando los decretos en que se exoneró de sus empleos á los Generales que se designan, y las disposiciones sobre confinamiento ó destierro, por causas políticas, expedidas durante la administracion del Conde de San Luis; y declarando que no son punibles los actos políticos que se expresan”, de 24 de julio de 1854, en *CLE* 62, disp. 427, pp. 489-491.

470 “Real orden, acordando que salgan de esta córte, en el término de quince dias, cuantos eclesiásticos no justifiquen un título legítimo para residir en ella”, de 23 de agosto de 1954, en *CLE* 62, disp. 511, pp. 292-293.

discolos que saltan la barrera electoral y arrojan á la plaza alguna cáscara de naranja, como si dijéramos alguna candidatura contraria, con la que pueden resbalar los electores. / Si algun aficionado en alas de su destreza y arrojo recorre la plaza, ejecutando varias suertes de capeo y de banderillas, la autoridad que preside la funcion, que por lo comun es el gobernador de la provincia, lo hace salir de ella con arreglo al bando, porque no pertenece á la cuadrilla ajustada para trabajar en aquella funcion. / Como la plaza queda despejada la funcion sale buena, si bien se oyen algunos silbidos de los espulsados y de sus amigos. Los presidentes de tales espectáculos mandan hacer el despejo con mucha escrupulosidad, no dejando el menor bulto en la plaza para que no se retraigan los toros de entrar á la pica, y para que la funcion se vea bien, por aquello de que “cuantos menos bultos mas claridad”⁴⁷¹.

No necesita de mucho comentario tan irónica entrada, porque acaso diga mucho más que otras fuentes de mayor seriedad: en sus chanzas palpita, más allá de decretos y discursos, la vida política española. Allá por los turbulentos años que precedieron a la *Septembrina*, Narváez envía a las Canarias –refiere Vilar– a *la cúpula militar casi en bloque* (identificado en buena medida el mando castrense con la Unión Liberal), reservando para otros espados menos significados en la conjura el traslado a apartadas guarniciones peninsulares⁴⁷², práctica ésta que ya nos va resultando familiar y que uno de los implicados, el teniente general Fernández de Córdova, al consignarla en sus memorias, traduce *en una situación que tenía todos los caracteres del destierro*; estos *desterrados* pronto se evadirían hacia Cádiz para marchar a medirse, el 28 de septiembre de 1868, con las fuerzas proisabelinas en el famoso puente de Alcolea. Por supuesto, no fue el único gabinete en servirse de tales mecanismos represores: el propio Fernández de Córdova ha referido asimismo su confinamiento gubernativo por González Bravo, luego trocado en extrañación⁴⁷³. Igualmente, vísperas de la *Revolución*, en la transición del Romanticismo al Realismo –año 1866–, el novelista guadijeño Pedro Antonio de Alarcón, en conmutación de un previo extrañamiento por infracciones de orden político, anduvo confinado en Granada⁴⁷⁴, como tres siglos atrás lo había estado Hurtado de Mendoza. Sólo un año después, el régimen decide canalizar su política represiva a través de una ley habilitadora, la de Orden Público, que desenvolvía el gradual recorte de garantías característico de esta

471 RICO Y AMAT, *Diccionario...*, pp. 164-165; y en alguna otra ocasión se refiere al destierro como medida prodigada contra los políticos (v. gr., *ibidem*, p. 48). Véase DSCC, t. XVI, n^o 307, ses. 15-VI-1870, p. 8886.

472 VILAR, *La España...*, p. 258 (*ibidem*, p. 255).

473 FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, *Mis memorias...*, t. II, pp. 322, 352.

474 Véase Julio ROMANO, *Pedro Antonio de Alarcón, el novelista romántico*, p. 142.

materia legislativa de acuerdo con el siguiente itinerario: todavía en un estado de normalidad,

[...] Cuando los Gobernadores civiles tengan noticia de que alguna ó algunas personas de mala conducta, de antecedentes sospechosos ó de habitos análogos á los de la vagancia, pueden producir perturbacion en el órden público ó inseguridad en los pueblos en que residen, procederán desde luego preventivamente á su detencion, y formarán un expediente en que hagan constar dichos antecedentes, pudiendo disponer que la detencion continúe por un mes, ó destinarlos á que residan en los pueblos de su naturaleza, ó en otros, bajo la vigilancia de la Autoridad; de cuya disposicion darán cuenta al Gobierno, el cual queda facultado para fijar definitivamente la residencia de los detenidos por este concepto⁴⁷⁵.

Declarado el estado de alarma ante acontecimientos perturbadores, se aprontaba en escalada proporcional a éstos que

Asimismo podrá espulsar de la poblacion ó distrito á las personas que por motivos fundados considere peligrosas en aquellos momentos, señalando el pueblo á que deban dirigirse. Los efectos de la espulsion que en estos casos se ordene, durarán solo cuarenta dias, trascurridos los cuales se fijará definitivamente el punto de residencia del individuo ó individuos sospechosos. Cuando la Autoridad civil adopte estas medidas dará cuenta al Gobierno⁴⁷⁶.

Y exacerbados al cabo ánimos y disturbios, entonces ya, directamente,

Las garantías que establece el art. 7º de la Constitucion, se entenderán suspendidas desde el momento en que se declare el estado de guerra en la población ó distrito donde hubiere estallado la sedicion ó rebelion⁴⁷⁷.

Pero nada detuvo la caída de la monarquía, ni tras ella –vaya por delante– los destierros y confinamientos fulminados desde el poder ejecutivo, fueran amparados o no por una declaración de estado excepcional. La Constitución de 1869, aupaba a su seno sin ambages ni excepciones la llamada garantía jurisdiccional del principio de legalidad respecto a restricciones de la libertad ambulatoria o locomotiva:

475 Art. 14 LOP 1867.

476 Art. 32 LOP 1867.

477 Art. 57 LOP 1867.

Ningun español podrá ser compelido á mudar de domicilio ó de residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria⁴⁷⁸.

Las garantías consignadas en los artículos 2º, 5º y 6º [...], no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias⁴⁷⁹.

Sigue la previsión de que ni siquiera en tales períodos de suspensión legal de garantías por seguridad del Estado podría extrañarse ni deportarse gubernativamente ciudadanos españoles y, con menor rotundidad, que tampoco podrían la ley declaratoria ni la de Orden Público *autorizar al Gobierno para desterrarlos á distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio*⁴⁸⁰. La constitucionalmente necesaria Ley de Orden Público *establecida de antemano*⁴⁸¹ fue promulgada con toda diligencia el 23 de abril de 1870, confirmando las siguientes habilitaciones a la autoridad civil cuando otra ley declarase especialmente la suspensión de garantías constitucionales:

Podrá asimismo compeler á mudar de residencia ó domicilio á las personas que considere peligrosas, ó contra las que existan racionales sospechas de participacion en dichos delitos.

El cambio de domicilio no podrá decretarse á mas de 150 kilómetros de distancia del pueblo del compelido á mudarle⁴⁸².

El destierro, que desde luego puede acordar la Autoridad á una distancia que no

478 Art. 6º CME 1869. Este mismo precepto figura como art. 8 en PCFRE 1873.

479 Art. 31, párr. 1º, CME 1869. Además, “no se establecerá ni por las leyes ni por las Autoridades disposicion alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en ese título” (art. 22 CME 1869) y “los delitos que se cometan con ocasion del ejercicio de los derechos consignados en este título serán penados por los Tribunales con arreglo á las leyes comunes” (art. 23 CME 1869). Cotéjese con los arts. 21 y 22 PCFRE 1873.

480 Art. 31, párr. 3º, CME 1869.

481 Art. 31, párr. 2º, CME 1869. Véase la síntesis de SALDAÑA, “Adiciones”, t. II, pp. 251-254.

482 LOP 1870, art. 8º. Los delitos aludidos en el primer párrafo lo son “[...] contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo, y contra el órden público” (art. 2º.1º LOP 1870). “Las autoridades civiles y militares, en el período de suspensión de garantías, publicarán además los bandos que consideren necesarios para mantener mejor el orden público, con sujeción estricta, y bajo su responsabilidad, á las prescripciones constitucionales que no hayan sido suspendidas con arreglo al art. 31 de la Constitución, estableciendo en dichos bandos las penas en que incurrir los infractores, y las aplicarán gubernativamente” (art. 35 LOP 1870).

esceda de 250 kilómetros, se entiende levantado de hecho y de derecho, así como el cambio de domicilio, terminado que haya el período de suspensión temporal de las garantías constitucionales, si antes no fuesen restablecidas.

Los motivos de las providencias á que se contraen este y los tres anteriores artículos se harán constar en acta que se levante, ó expediente que se forme antes ó despues de llevarlas á ejecución⁴⁸³.

Aquel precepto constitucional y los de su ley de desarrollo para el orden público quedan garantidos por el Código Penal en los términos que a continuación van a verse, pero de las amplias posibilidades de la ley habilitadora de las suspensiones de derechos dice mucho que Saldaña califique *el delito de destierro a más de 250 kilómetros* que pasamos primeramente a considerar como *único límite de atropello legal extraordinario*⁴⁸⁴.

El funcionario público que estando en suspenso las garantías constitucionales desterrare á un ciudadano á una distancia mayor de 250 kilómetros de su domicilio, á no ser en virtud de sentencia judicial, incurrirá en la pena de multa [...].

El funcionario público que no estando en suspenso las garantías constitucionales compeliere á un ciudadano á mudar de domicilio ó residencia será castigado con la pena de destierro y multa [...]⁴⁸⁵.

A tales preceptos cabe sumar otros que enseguida veremos alegar a Jiménez de Asúa en la certera reprobación de su propio confinamiento a manos del general Primo de Rivera, todavía en época de vigor de los recién insertos. Mas hasta entonces restaban demasiados transterramientos por delante. Justamente tras el *Sexenio revolucionario*, 1875, algunos catedráticos, Giner de los Ríos, Salmerón, Azcárate y otros, fueron represaliados encerrándolos primero y al cabo confinándolos con el muy clásico mandato de *tener por cárcel la ciudad*; tenemos constancia de cómo al menos el último de los expresados alegó y denunció en su defensa frente al pliego de cargos blandido por el rector de la Central *las ilegalidades con su propio confinamiento en un lugar que dista de su domicilio "más de los 250 kilómetros de que habla el art. 221 del Código penal"*⁴⁸⁶. En la carta magna de 1876, el artículo equiva-

483 Art. 9º LOP 1870.

484 SALDAÑA, "Adiciones", t. II, p. 252.

485 Art. 221 CP 1870.

486 GONZALO CAPELLÁN DE MIGUEL, *Gumersindo de Azcárate: biografía intelectual*, pp. 74-75. Véanse MARTÍN NAVARRO, *Vida y obra de don Francisco Giner de los Ríos*, pp. 275-276, 280; en torno al confinamiento de quien fuera tercer presidente de la I Repú-

lente al antevisto de su predecesora lo es tan sólo en apariencia, pues no hay en él una garantía jurisdiccional, sino meramente legal, en consonancia con su sesgo ideológico, *entre el progresismo de la de 1869 y el conservadurismo de la de 1845*⁴⁸⁷:

Ningun español podrá ser compelido á mudar de domicilio ó residencia sino en virtud de mandato de Autoridad competente, y en los casos previstos por las leyes⁴⁸⁸.

Las garantías expresadas en los artículos 4º, 5º, 6º y 9º [...] no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias⁴⁸⁹.

Con todo y con ello, parece ser que “el sueño garantista de Cádiz se venía abajo cada vez que uno de los peligros comenzaba a verse destacado sobre los otros”⁴⁹⁰, aunque también quepa entender la situación anómala de suspensión de garantías, no como fracaso o insuficiencia del sistema, sino como confirmación de su imperio, toda vez que tal suspensión presupone un reconocimiento y un prefijado formalismo que mantendrá la Constitución incólume⁴⁹¹:

[...] Tras las denuncias de la prensa periódica, el ministro de Gobernación tuvo que llamar la atención al gobernador de Madrid “sobre el hecho harto sensible y frecuente, de trasladar por tránsitos a ciudadanos, no privados de libertad, de un punto a otro de la península, en virtud de mandatos gubernativos, sin orden emanada de la Dirección General de Establecimientos Penales, ni del tribunal competente, únicas autoridades que pueden dictar acuerdos de esta clase”. El ministro decía comprender bien “que ha sido éste un medio antiguo empleado para librarse de gentes de mal vivir e incómodas para las personas honradas, pero tan ocasionado a arbitrariedades, tan ilegal y tan contrario a las doctrinas del Partido Liberal, que todo celo por parte de VS en evitación de que tales abusos se repitan me parecerá poco”. / El ministro tuvo que recordar al gobernador hasta dónde llegaban los límites de cada una de las autoridades [...]⁴⁹².

blica, acúdase a la noticia biográfica escrita anónimamente por sus hijos, *Nicolás Salmerón: retrato familiar*, pp. 57-58; PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 24.

487 Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación. II*, p. 188.

488 Art. 9º CME 1876. Véase Gonzalo DEL CASTILLO ALONSO, “Residencia”, en *EJE*, t. XXVII, p. 392.

489 Art. 17 CME 1876.

490 GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, p. 216.

491 Véase Adolfo POSADA, “Orden público”, en *EJE*, t. XXIII, p. 908.

492 GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, pp. 215-216.

Aparte remedios coyunturales y, aun a despecho de la ley, siempre socorridos, otras veces mediaba la legitimadora habilitación legal (*en los casos previstos en las leyes*, exceptaba la Constitución), como cuando la ley de 8 de enero de 1877, relativa a *secuestros*, faculta al gobierno, en provincias donde se verifique el secuestro con objeto de robo y en sus límites, para que “[...] pueda fijar durante un año el domicilio de los vagos y gentes de mal vivir”⁴⁹³, respecto a quienes todo escrúpulo siempre anduvo más remiso en comparación con los represaliados políticos. Traspongamos la Restauración hacia su agotamiento precisamente, y el de la monarquía, en ese tosco desenlace que fue la Dictadura. Se mostró su titular especialmente proclive al recurso confinador como medio de hacer sentir su poder sobre los intelectuales desafectos: los confinamientos de Unamuno en las Canarias y de Jiménez de Asúa en las Chafarinas llegaron a convertirse, por el prestigio de sus víctimas, en paradigmáticos del estilo de gobierno que se gastaba Primo de Rivera. La literatura sigue aportando, pues, sublimes testimonios, como, en su *fuerte-venturoso confinamiento*, éste de Miguel de Unamuno; medida llanamente gubernamental, parajudicial –según era esperable de régimen tan tortuoso–, Emilio Salcedo, biógrafo unamuniano, copia la real orden aparecida en la *Gaceta*, con la *nota oficiosa* emanada del Directorio Militar: se llamaba en ambas *destierro* a lo que el catedrático salmantino denomina con mayor justeza *confinamiento*⁴⁹⁴. Eclipsado por la nombradía del cimero literato, compartió destino con él el diputado Rodrigo Soriano, por censurar al dictador en una conferencia⁴⁹⁵. Puesto también en el mismo trance, el prestigioso penalista

493 “Ley, dictando disposiciones para prevenir y castigar el delito de secuestro de personas”, de 8 de enero de 1877, en *CLE* 118, disp. 16, pp. 18-20, art. 7. Véase SILVELA, *El Derecho...*, t. II, pp. 75-76.

494 Emilio SALCEDO, *Vida de don Miguel*, pp. 253-254 (*ibidem*, 253-262; véase, además, Artemio PRECIOSO, *Españoles en el destierro*, pp. 269-280). Léase a Miguel de UNAMUNO, “En el destierro: recuerdos y esperanzas”, *Obras completas*, t. X, pp. 643-676; *id.*, “De Fuerteventura a París: diario íntimo de confinamiento y destierro vertido en sonetos”, *ibidem*, t. XIV, pp. 471-559; como abogado defensor del catedrático salmanticense actuó Ángel OSSORIO Y GALLARDO, *La España de mi vida (autobiografía)*, p. 228, quien da cuenta de una *deportación arbitraria*; y no podía diferir en mucho el avezado dictamen de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 18-20, 165-170: *confinamiento arbitrario*.

495 Una Orden de 24 de febrero de 1924 vehiculaba su sanción (véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 30-31; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 26-27). Y se producirían nuevos casos de confinación en Fuerteventura (v. gr., PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 30).

Luis Jiménez de Asúa pudo unir la atenta inquietud profesional ante todo problema planteado en la órbita del *ius puniendi* con la experiencia personal de su confinamiento⁴⁹⁶ en Santa Isabel, de las Chafarinas, arbitrariedad asimismo de la dictadura primorriverista en forma de sanción o cautela de imposición administrativa y tropelía contra la que se rebela, indignado, el decoro jurídico del profesor Jiménez de Asúa en sus ya citadas *Notas de un confinado*; con continuas referencias al castigo infligido a Unamuno, cuya naturaleza y circunstancias se identifican con las del suyo propio, el penalista comienza por ironizar con algunos delitos *anticuados*, penados por las leyes, pero, a lo que parece, ya no por los tribunales, “[...] siendo delito anticuado el confinamiento arbitrario, y en el puesto vacío se colocan nuevos delitos de extraña apariencia que, en último término, asumen la ‘figura criminal’ de *cen-suras al Gobierno*”⁴⁹⁷; a partir de actos tan irrelevantes en la esfera criminal, los despropósitos autoritarios se van encadenando exponencialmente con la sola e impotente contradicción de las serenas razones de la legalidad, no así de aquellos indolentes tribunales:

Los documentos oficiales y oficiosos fluctúan en la técnica al denominar la pena que se me infligía. La Real orden del 29 de abril la llama “destierro”; la nota oficiosa entregada a los diarios del 30 la designa con el título de “confinamiento”; y en la interviú con los periodistas de Sevilla, Primo la nombra “deportación”. Mas cualquiera que fuese la exacta nomenclatura, de la que parece que se huyó en espera de soslayar responsabilidades, es lo cierto que la Autoridad gubernativa no tiene atribuciones para imponer ni destierro, ni confinamiento, ni deportación, sin previo proceso y sin previa sentencia, y al hacerlo arbitrariamente cometía concretos delitos castigados en el Código penal [...]”⁴⁹⁸.

Este confinamiento es sin lugar a dudas el más relevante de cuantos voy consignado como ilustración marginal, pues no se queda sólo en tal, en los hechos, sino que propició la reflexión sobre la materia de quien ha de ser estimado como el primero de los penalistas contemporáneos; la *vivisección* que a continuación hace de su *caso* exime de otro análisis:

Si se elige la denominación de destierro, se levanta contra Primo el artículo 221:

496 Atiéndase, en particular sobre motivaciones y fines, a JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 9, 38.

497 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 16, 33 (*ibidem*, pp. 33-34, 38-56, 59).

498 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 56-57. A los términos consignados, todavía hay que añadir en este libro el de *exilio*, como empleado por el autor y víctima aludiendo a la sanción padecida, *ibidem*, p. 7.

“El funcionario público que estando en suspenso las garantías constitucionales desterrase a un ciudadano a una distancia mayor de 250 kilómetros de su domicilio, a no ser en virtud de sentencia judicial, incurrirá en la pena de multa de 125 a 1250 pesetas”.

Si se prefiere designar mi castigo con el título de confinamiento, cuya pena de naturaleza *aflictiva* sólo pueden imponerla los tribunales de Justicia, resulta corregido el desafuero por los artículos 204 y 205 del Código de 1870. El primero de ellos dice: “El funcionario público que, arrogándose atribuciones judiciales, impusiere algún castigo equivalente a una pena personal, incurrirá: 1º. En la pena de inhabilitación absoluta temporal si el castigo impuesto fuere equivalente a pena aflictiva”. Y el segundo de los mentados artículos añade: “Si la pena arbitrariamente impuesta se hubiere ejecutado, además de las determinadas en el artículo anterior, se aplicará al funcionario culpable la misma pena impuesta y en el mismo grado”.

Finalmente, si se usa del concepto de “deportación”, cuya clase de pena no figura en las escalas de nuestro Código, no escapa por esto el arbitrario gobernante de las redes que le tiende nuestra ley penal. El artículo 207 reza así: “Las Autoridades y funcionarios civiles y militares que, aun hallándose en suspenso las garantías constitucionales, establecieren una penalidad distinta de la prescrita previamente por la ley para cualquier género de delitos, y los que la aplicaren, incurrirán respectivamente, y según los casos, en las penas señaladas en los tres artículos anteriores”. Todavía tiene más estricta aplicación el artículo 222, al decir que “el funcionario público que deportare o extrañare del Reino a un ciudadano, a no ser en virtud de sentencia firme, será castigado con la pena de confinamiento y multa de 500 a 5000 pesetas”. / [...] Es así como el supuesto “delincuente” se yergue para acusar a los que le impusieron una pena desaforada⁴⁹⁹.

Su dictamen de jurisprudencia no puede ser sino el de que, como el maestro Unamuno, “[...] había sido *confinado* (ésta es la expresión exacta)”⁵⁰⁰. El atrabiliario autócrata todavía pretendió cohonestar sus desmanes jurídicos mediante cierto decreto-ley de 16 de mayo de 1928, asimismo vapuleado con toda severidad científica por el señero penalista; no merece la pena detenerse en las insólitas *invenciones* de aquél, bastando la sólida conclusión de éste: “claro está que ese sedicente decreto-ley no tiene fuerza legal alguna”, sino que “[...] la valía de esas disposiciones que Primo lanza es perfectamente nula. Poco diestro en artes legislativas, ha creído que puesto que le faltaban las facultades arbitrarias y excepcionales, no tenía más que creárselas por su propia iniciativa y bajo la firma de un rey que juró el régimen constitucional”⁵⁰¹

499 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 57-59. Repásense los arts. 204, 205, 207, 221 y 222 CP 1870.

500 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, p. 18.

501 La polacada que escandaliza a Jiménez de Asúa es el “Real decreto dando al Gobierno facultades discrecionales en la adopción de medidas disciplinarias e impo-

y que recibe contundente descarga en la línea de flotación de su trono con las horas contadas.

Por supuesto, los hechos, acaecidos en la primera mitad del año 1926⁵⁰², son anteriores a la promulgación del Código *espurio* o *faccioso* –los epítetos que de Jiménez Asúa alcanzó a recibir–: pienso que de no decidir la cronología tan palmariamente, la validez y autoridad reconocidas al *sedicente* corpus tampoco variarían la legalidad invocada por el catedrático... Por lo demás, el Proyecto de Código Penal de 1927 recababa los supuestos incluidos en el vigente corpus de 1870, sólo que introduciéndoles sutiles, pero muy significativas alteraciones:

El funcionario público que estando en suspenso las garantías constitucionales desterrar a una persona a una distancia mayor de su domicilio de la que permitan las disposiciones legales aplicables en estos casos, a no ser en virtud de sentencia judicial, incurrirá en la pena de multa [...].

El funcionario público que no estando en suspenso las garantías constitucionales

sición de sanciones, siempre que las circunstancias lo aconsejen y previo acuerdo del Consejo de Ministros”, de 15 de mayo de 1926, en *CLEAC* 98, disp. 55, pp. 290-291, cuya exposición se apercibe ante las *incompresibles aunque muy raras reclamaciones originadas por algunas medidas de gobierno*, y cuyo contenido completo forma un cuarteto de cláusulas: “Artículo 1º. En materia gubernativa y disciplinaria el Gobierno usará de facultades discrecionales en la adopción de medidas e imposición de sanciones, sin otro límite que el que señalen las circunstancias y el bien del país y le inspire su rectitud y patriotismo. / Artículo 2º. Sobre toda medida de esta índole que rebase las facultades concedidas en la Constitución o las leyes, en cuanto se mantienen en vigor, deberá recaer acuerdo del Consejo de Ministros, que se hará público en la *Gaceta de Madrid*. / Artículo 3º. Sobre tales determinaciones del Poder público, a partir del 13 de Septiembre de 1923, no se admitirá ni tramitará otro recurso que el elevado al propio Consejo de Ministros, cuya resolución será inapelable. / Artículo 4º. Quedan en suspenso los preceptos constitucionales y legales que se opongan a lo que este Real decreto dispone”. Frente al *sedicente decreto-ley* se emplea fondo un implacable JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 98-102, denunciando la *arbitrariedad supina del artículo 1º*, las *irrisorias garantías de los artículos que le siguen*, la *absurda retroactividad del tercero* y la *imposible naturaleza “suspensiva” del cuarto*.

502 La crónica del confinamiento se desgrana en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas...*, pp. 129 y ss., dando cumplida noticia de las personas y circunstancias de los otros tres confinados junto a él (*ibidem*, pp. 170-180), más un muy sugerente caso de manifestación no jurídica del confinamiento que llama su atención, el del cura local, *indirectamente deportado por motivos que no me compete inquirir* (*ibidem*, p. 187); véanse PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 43-52, y ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 299-300.

compeliere a un ciudadano a mudar de domicilio o residencia, será castigado con la pena de destierro de seis meses a seis años y multa [...] ⁵⁰³.

No prosperó esta sección, remitida su materia a ley especial por el Código de la Dictadura ⁵⁰⁴. Tampoco lo hizo el Proyecto de Constitución de 1929:

Ningún español podrá ser compelido gubernativamente a mudar de domicilio o de residencia ⁵⁰⁵.

Abortadas remisiones aparte, parece que, a tenor de lo visto, tampoco el Marqués de Estella y sus secuaces debían de tener muchas ganas de someter tales materias al ministerio de la ley: total, para luego tener que violentarla... Con tales tropelías *cuartelarias* resonantes aún en el ambiente sociopolítico, la Constitución de 1931 recupera la garantía jurisdiccional de este derecho o libertad, de modo que las restricciones gubernativas a la libertad ambulatoria vuelvan al recinto de la excepcionalidad, sometidas sin medias tintas a la legislación de orden público, con sus límites y resguardos:

Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria ⁵⁰⁶.

Los derechos y garantías consignados en los artículos 29, 31, 34, 38 y 39 podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por

503 Art. 364 PCP 1927.

504 Art. 269 CP 1928.

505 Art. 23.11 del “Proyecto constitucional de 1929” [PC 1929], en SEVILLA ANDRÉS (ed.), *Constituciones...*, t. II, pp. 21-54. “Los derechos enumerados en este título no podrán suspenderse sino temporalmente, en los casos y en la forma que la ley estrictamente señale. / Toda restricción establecida con carácter general al ejercicio de tales derechos, se acomodará a lo preceptuado en la ley a que se hace referencia en el título VII” (art. 31 PC 1929). “En los casos de evidente riesgo exterior para la seguridad del Estado, o de grave perturbación interior que amenace o comprometa la paz general, podrá el Poder ejecutivo ejercitar las facultades extraordinarias que le atribuye la ley especial de Orden Público. / El Gobierno habrá de oír previamente al Consejo del Reino en pleno, o a su Comisión permanente, siempre que, por decreto u otra disposición emanada de él, haya de usar, en todo o en parte del territorio nacional, de esas facultades legales extraordinarias, cuando ellas impliquen suspensión o restricción de los derechos consignados en el título III” (art. 72 PC 1929).

506 Art. 31, párr. 1º, CRE 1931.

decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad.

[...]

Durante la suspensión regirá, para el territorio a que se aplique, la ley de Orden público.

En ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior á 250 kilómetros de su domicilio⁵⁰⁷.

Y su desarrollo viene dado por una nueva ley de orden público, de 28 de julio de 1933, por la cual se regulan los llamados estados de prevención, de alarma y de guerra⁵⁰⁸. Declarado el primero de ellos,

La Autoridad gubernativa podrá adoptar, mientras dure el estado de prevención, las siguientes medidas:

1ª. Exigir, con antelación de dos días, la notificación de todo cambio de domicilio o residencia.

Las Autoridades podrán requerir, en cualquier momento, a quienes viajen por el territorio nacional para que manifiesten el itinerario que se proponen seguir.

[...]

5ª. Dictar disposiciones reguladoras de la circulación y restringirla o prohibirla en horas y lugares determinados⁵⁰⁹.

Considerando aún no llegados en toda su potencialidad los *casos de notoria e inminente gravedad*, la ley republicana se comide, pues, en el mero estado de prevención, a intervenir aquellas garantías constitucionales relativas a la circulación, pero todavía no las que protegen residencia y domicilio, a lo que sí se va a extender con ocasión del estado de alarma, hasta el punto de que la autoridad civil:

Podrá asimismo compeler a mudar de residencia a las personas que considere peligrosas o contra las que existan racionales sospechas de participación en actos contra el orden público. El cambio de domicilio no podrá decretarse a más de 150 kilómetros de distancia del pueblo en que residiere el compelido a dicho cambio⁵¹⁰.

Igualmente podrá acordarse el destierro a una distancia que no excederá de 250 kilómetros, de aquellas personas en quienes concurren, agravadas, las condiciones mencionadas en el párrafo primero de este artículo.

507 Art. 42, párrs. 1º, 6º y 7º, CRE 1931.

508 De la Comisión Jurídica Asesora, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 317, justifica su sistématica.

509 Art. 28.1ª y 5ª LOP 1933.

510 Art. 41 LOP 1933.

Tanto el cambio forzoso de domicilio con el destierro se entenderán levantados de hecho y de derecho, cuando termine el período temporal de suspensión de garantías constitucionales o cuando, sin terminar aquél, se restablecieren éstas⁵¹¹.

Y recordemos cómo, a lo último, “la Autoridad militar en el estado de guerra podrá adoptar las mismas medidas que la civil en los dos capítulos anteriores, las demás que esta ley autoriza y cuantas sean necesarias para el restablecimiento del orden”⁵¹². Pintar como querer..., porque antes habíase promulgado –rodeo o atajo, según se mire– una ley ferozmente combatida con argumentos jurídicos, tanto o más que políticos: la de Defensa de la República, del 21 de octubre de 1931, bajo cuya cobertura,

Podrán ser confinados o extrañados, por un período no superior al de vigencia de esta ley, o multados hasta la cuantía máxima de 10000 pesetas, ocupándose o suspendiéndose, según los casos, los medios que hayan utilizado para su realización, los autores materiales o los inductores de hechos comprendidos en los números I al X del artículo anterior. [...]

Cuando se imponga alguna de las sanciones previstas en esta ley a una persona individual, podrá el interesado reclamar contra ella ante el señor Ministro de la Gobernación en el plazo de veinticuatro horas⁵¹³.

511 Art. 42 LOP 1933.

512 Art. 58 LOP 1933.

513 Ley de Defensa de la República (1931) cit., art. 2º, párrs. 1º y 2º. En cuanto a los números incluidos en la posibilidad de restricción circulatoria, “son actos de agresión a la República y quedan sometidos a la presente ley: / I. La incitación a resistir o a desobedecer las leyes o las disposiciones legítimas de la Autoridad. / II. La incitación a la indisciplina o al antagonismo entre Institutos armados, o entre éstos y los organismos civiles. / III. La difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público. / IV. La comisión de actos de violencia contra personas, cosas o propiedades, por motivos religiosos, políticos o sociales, o la incitación a cometerlos. / V. Toda acción o expresión que redunde en menosprecio de las Instituciones u organismos del Estado. / VI. La apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación, y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras. / VII. La tenencia ilícita de armas de fuego o de sustancias explosivas prohibidas. / VIII. La suspensión o cesación de industrias o labores de cualquier clase, sin justificación bastante. / IX. Las huelgas no anunciadas con ocho días de anticipación, si no tienen otro plazo marcado en la ley especial, las declaradas por motivos que no se relacionen con las condiciones de trabajo y las que no se sometan a un procedimiento de arbitraje o conciliación. / X. La alteración injustificada del precio de las cosas [...]” (*ibidem*, art. 1º).

Las medidas gubernativas reguladas en los precedentes artículos no serán obstáculo para la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales⁵¹⁴.

Califica Pérez Mateos como *pródigo en confinamientos* en particular el gobierno de Casares Quiroga bajo la presidencia de Azaña⁵¹⁵, precisamente al amparo de esta controvertida Ley de Defensa, bendecida por Jiménez de Asúa, a quien la pasión le ciega esta vez su buen criterio (errático, tan sólo acierta a encontrar razones utilitarias, de necesidad no ya *defensiva*, sino *egoísta*, según admite⁵¹⁶). Uno de los sancionados –sañudamente– fue el doctor José María Albiñana (1883-1936), jefe del Partido Nacionalista, en los aledaños del tradicionalismo, quien refiere su peripecia en el libro autobiográfico *Confinado en las Hurdes*: alegando la Ley de Defensa de la República, se le sanciona *por el uso político y personal de la bandera bicolor* y presunto desacato a Casares Quiroga; en consecuencia,

[...] un oficial me entrega otro papelorio. Era un *ukase* del tirano de Gobernación, en el que se me estimaba reo de agresión a la República [...]; se me declara incurso en la famosa Ley de Defensa, sin citar ningún artículo (sin duda para no cogerse otra vez los dedos) y, por último, se decretaba mi confinamiento en la alquería de Martilandrán (Cáceres), por tiempo indefinido.

En el documento inquisitorial, que hacía buenos los peores tiempos fernandinos, no se me concedía ningún plazo para recurrir contra el despótico, ilegal y arbitrario mandato. / [...] Para consumir este atropello inicuo, el dictador de Gobernación, tan ayuno de Derecho, como sobrado de rencor, no había cometido más violaciones jurídicas que las siguientes:

Primera. Atropello a las leyes de enjuiciamiento, atribuyéndome caprichosamente un supuesto delito de *injurias*, que no tiene autoridad para definir, ni jurisdicción para sancionar, porque para eso están los Tribunales.

Segunda. Atropello a la Constitución, votada por él, que en su artículo 42, último párrafo, ordena que “en ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio”. Y a mí me desterraba y confinaba a más de 300.

Tercera. Atropello de la misma Ley de Defensa de la República, que concede un plazo a sus víctimas para entablar recurso, y a mí no se me concedió ninguno⁵¹⁷.

514 Ley de Defensa de la República, art. 5º.

515 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 55.

516 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 19-20. Pero véase FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 287.

517 ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 27-28 (por igual, pp. 119-121). Véanse el art. 1º.V y VI y el 2º, párr. 2º, de la Ley de Defensa de la República; así como PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 55-72.

El artículo 31 de esa Constitución republicana [...] dice textualmente: / “Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos, a no ser en virtud de sentencia ejecutoria”. / Y como sobre mí no ha recaído ninguna *sentencia ejecutoria*, está clarísimo mi derecho a circular libremente y a elegir mi residencia y domicilio⁵¹⁸.

Además de las protestas del perjudicado –médico de profesión, pero también jurista por formación⁵¹⁹–, algunos de los comentarios publicados por la prensa encierran ajustados análisis que bien pueden abrir aquí perspectivas de interés:

[...] El confinamiento no ha sido nunca ni puede ser una pena en las leyes de excepción. Su finalidad es puramente preventiva: asegurar en lugares a propósito la inacción y la vigilancia de ciudadanos que el Gobierno considera sospechosos o peligrosos, o excluirlos de donde los teme. Y se están decretando los confinamientos como un castigo, no por lo que puedan hacer los confinados, sino porque han hecho tal o cual cosa desagradable, que, si no tiene sanción judicial, no debería tener otra; pero como un castigo desproporcionado y cruel. Se intentó resucitar el precedente de los peores tiempos de Narváez con las remesas a Guinea; pero son poco menos inhumanos los confinamientos a Río de Oro y a Las Hurdes. Y no se trata de casualidades, error o descuido en la elección. Todo lo contrario: encontrar puntos de tormento como el que se le ha elegido al doctor Albiñana supone un trabajo esmeradísimo de investigación⁵²⁰.

[...] Es el propio ministro quien califica el hecho, discierne la sanción y gradúa su efectividad. ¡Y con qué refinamiento! Porque ni el Código Penal antiguo ni el novísimo aceptan la pena impuesta al señor Albiñana, a saber: confinamiento con incomunicación. La incomunicación supone privación de libertad; el confinamiento, libre comunicación. El señor Casares Quiroga ha pergeñado una yuxtaposición punitiva horripilante. Al obrar así actúa con triple función: como ministro, como juez, como legislador⁵²¹.

El propio Albiñana se refiere a otros confinados que sumar a sí mismo: en las Alpujarras, en Villa Cisneros...; pese a estos datos u otros coincidentes⁵²², Jiménez de Asúa, al producirse en el verano de 1933 la sustitución

518 ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 353-354.

519 ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 40, 48, 54, 72, 118-119, 207-208, 213, 215, 231, 328...

520 ALBIÑANA, *Confinado...*, p. 57.

521 ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 246-247.

522 ALBIÑANA, *Confinado...*, pp. 180-181, 266; PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 55-76.

de normas excepcionales, noticia que “ya no existe, por tanto, la llamada ley de Defensa de la República, tan combatida como poco aplicada”⁵²³. Sin abandonar el período, sólo por su índole política, no quede en el tintero la problemática sentencia por las responsabilidades políticas del golpe de Estado que dicta el excepcional tribunal nombrado *ad hoc* por las Cortes Constituyentes, una resolución, de 7 de diciembre de 1932, contra los hombres fuertes del Directorio, a quienes se prodigan numerosas penas de confinamiento y destierro⁵²⁴; con dificultad se le hallará mejor comentario que la reflexión del propio presidente de la República: “[...] habría sobrado con la ley penal común, la jurisdicción ordinaria y el enjuiciamiento normal”⁵²⁵ (claro es que entonces mal se hubieran colmado las revanchistas expectativas...).

Permitámonos salvar con un punto y aparte el negro abismo de toda una guerra civil. El Fuero de los Españoles, ya en 1945, consignaba que

Los españoles tienen derecho a fijar libremente su residencia dentro del territorio nacional⁵²⁶.

Nadie podrá ser condenado sino en virtud de Ley anterior al delito, mediante sentencia de Tribunal competente y previa audiencia y defensa del interesado⁵²⁷.

Sin embargo, respecto del primero de los anteriores preceptos *fundamentales*,

La vigencia [...] podrá ser temporalmente suspendida por el Gobierno total o parcialmente mediante Decreto-ley, que taxativamente determine el alcance y duración de la medida⁵²⁸.

523 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 510.

524 Véase la “Sentencia por las responsabilidades del golpe de Estado”, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, pp. 474-496. FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, pp. 293-294, remacha sus *graves fallos jurídicos*.

525 ALCALÁ-ZAMORA, *Memorias*, p. 179. Puede contraponerse la justificación de un JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código...*, p. 1, quizás en su peor papel como jurisconsulto.

526 “Fuero de los Españoles”, de 17 de julio de 1945 [FE 1945], en *Leyes fundamentales*, pp. 25-37, art. 14.

527 Art. 19 FE 1945. Téngase presente que “no se reputarán penas: [...] las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados” (art. 26.3º CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973).

528 Art. 35 FE 1945.

El profesor Álvarez Cora, que con minuciosidad ha investigado la génesis de estos artículos, resalta la rebaja de garantías que sufrió el primero respecto a alguna versión preparatoria *más garantista, con la exclusión de medidas gubernativas contra el ejercicio del derecho y la declaración expresa de una indirectamente nominada libre circulación*. En relación al último, despierta “pocas dudas en la previsión de un arma del gobierno para reaccionar en definitiva contra toda interpretación antisistema de derechos, en la zona de las libertades políticamente más peligrosas, o más retadoras o retráctiles para los tentáculos del poder público”⁵²⁹. Fruto de ello son las concretas suspensiones de la libertad de residencia decretadas en 1952, 1956, 1958, 1962, 1967 o 1969⁵³⁰. También lo son los términos de la nueva Ley de

529 Enrique ÁLVAREZ CORA, *La Constitución postiza: el nacimiento del Fuero de los Españoles*, pp. 229, 323. En el primer caso, el texto de referencia es cierto Anteproyecto del Fuero de los Españoles elaborado por el Instituto de Estudios Políticos, cuyo art. 14 rezaba: “Todo español tiene derecho a fijar libremente su residencia en cualquier punto del territorio nacional, sin que por medidas gubernativas pueda ser obligado a cambiarla. / El tránsito por el interior de aquel no estará sujeto para los españoles, a requisitos específicos de circulación” (*ibidem*, p. 229); en el segundo, asimismo el *fuero* acusó durante su tramitación un repunte en la tangibilidad de los derechos, al acabar prescidiéndose de las *circunstancias graves* que se ponían como condición para suspenderlos en aquel primer borrador, art. 37 del citado Anteproyecto: “Los derechos declarados en esta Ley se ejercerán en armonía con el bien común. el Gobierno, en circunstancias graves, podrá restringir el ejercicio de todos o parte de los reconocidos en los artículos 8, 9, 10, 12, 16 y 27 mediante Decreto-Ley en que taxativamente se determinen el alcance y duración de tales restricciones” (*ibidem*, p. 319).

530 Decreto-ley 17/1952, de 8 de junio, “por el que se suspende, en todo el territorio nacional y por el plazo de dos años, el artículo 14 del Fuero de los Españoles”, en *BOE* n° 138, de 9-VI-1952, p. 7909. Decreto-ley de 10 de febrero de 1956, “por el que, en uso de las atribuciones que confiere al Gobierno el artículo 35 del Fuero de los Españoles, se suspende por tiempo de tres meses la vigencia de los artículos 14 y 18 del mismo”, en *BOE* n° 43, de 12-II-1956, p. 987. Decreto-ley de 14 de marzo de 1958, “por el que, en uso de las atribuciones que confiere al Gobierno el artículo 35 del Fuero de los Españoles, se suspende por tiempo de cuatro meses la vigencia de los artículos 14, 15 y 18 del mismo, en *BOE* n° 64, de 15-III-1958, p. 451. Decreto-ley de 8 de junio de 1962, “por el que se suspende, en todo el territorio nacional y por el plazo de dos años, el artículo 14 del Fuero de los Españoles”, en *BOE* n° 138, de 9-VI-1962, p. 7909. Decreto-ley 4/1967, de 21 de abril “por el que se dispone que durante un plazo de tres meses queden en suspenso en la provincia de Vizcaya los artículos 14, 15 y 18 del Fuero de los Españoles”, en *BOE* n° 96, de 22-IV-1967, p. 5279. Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, “por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional”, en *BOE* n° 22, de 25-I-1969, p. 1175.

orden público, de 30 de julio de 1959, cuyo estado de excepción faculta, sin cortapisas radiales de ningún género, a las autoridades gubernativas para

d) Exigir que se notifique todo cambio de domicilio o residencia con dos días de antelación.

e) Disponer el desplazamiento accidental de la localidad o lugar de su residencia de las personas que por sus antecedentes o conducta infundan sospechas de actividades subversivas.

f) Fijar la residencia en localidad o territorio de la Nación, a ser posible adecuado a las condiciones personales del individuo de aquellos en quienes concurren las circunstancias del párrafo anterior.

Estas medidas cesarán con las circunstancias que las motivaron⁵³¹.

Como se ve, de dictador a dictador, Franco prefirió respetar formalmente las reglas del juego que Primo no quiso o no supo sostener y, cogiendo las vueltas al ordenamiento y a los principios del Derecho, se exhibió respetuoso con la legalidad de orden público, sin dejar por ello de hacer y deshacer con férrea mano en su *satrapía*; también debe destacarse cierta morigeración en la elección de destino: a nadie se le escapa la diferencia que media entre un confinamiento en las Chafarinas, en Las Hurdes o en Villa Cisneros y los que llevó a efecto la política represiva del autotitulado *caudillo*, por lo común en municipios de la geografía peninsular más o menos comunicados por carretera y no apeados del nivel general de progreso; a cambio, la nómina de confinados se nos hace ingente, con capítulo para cada grupo político de los integrados o en alguna medida tolerados por el régimen (con los proscritos de todo punto otras providencias habrían de tomarse...). Presta Pérez Mateos particular atención a los confinados del franquismo, con el recuento de las restricciones circulatorias habidas tras la guerra por obra y gracia de la facción gubernamental y múltiples muestras de cómo menudeó la separación del domicilio en cuanto recurso represivo y de control por parte de su Administración: *período pródigo* en ellas, con motivaciones de *gran contenido político*⁵³²; incluso distingue este periodista fases o tendencias en tan dilatado período y práctica: en una primera etapa del régimen, *aquellos que nacieron a raíz del decreto de Unificación*, luego, ya hacia posprimeros años sesenta, los infligidos a desertores *de los ideales que inspiraron el Movimiento*, para centrarse a fines de dicha década en el *fenómeno universitario que responde*

531 LOP 1959, art. 28, párrs. 1º, d-f, y 2º.

532 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 79 (su decurso, abarcado en pp. 77 y ss.).

a modelos subversivos, y cerrándose el ciclo con la aplicación de esta medida contra la problemática vasca⁵³³.

Por detenerme siquiera someramente y a título distensivo, mas asimismo ilustrativo en el pormenor, citaré tan sólo algunos casos de particular interés al llegarnos enriquecidos por la reflexión memoriográfica de sus protagonistas o sujetos pacientes. Ya durante la guerra y, luego, a su término, en la primera hora del régimen dictatorial comenzaron a sucederse las purgas de personalidades en un principio afines que iban paulatinamente colocándose enfrente del monolitismo estatal: confinados lo fueron recalitrantes carlistas, escamoteados falangistas, numerosos monárquicos, generales quejosos, universitarios inquietos, elementos nacionalistas vascos⁵³⁴... De todos, entresaco el extraño –aunque paradigmático en las formas– caso del alcalde José Tomás Valverde, falangista depurado desde sus propias filas y al cabo rehabilitado ante la inatacabilidad de su adicción al Régimen en las circunstancias que él mismo relata en sus *Memorias de un Alcalde*⁵³⁵, doliéndose del *carácter punitivo de la medida que conmigo se ha tomado*, medida que lo fue gubernativa, si bien de *carácter punitivo*, en un oxímoron de lo más revelador. Otra víctima de una dictadura en cuya instauración le cabía no pequeña responsabilidad de la que bien acertó a redimirse, el confinamiento rondeño del poeta Ridruejo muestra, también dentro del primer estadio acotado por Pérez Mateos, esa intromisión gubernamental en el terreno punitivo tan característica de los sistemas no garantistas (“habiéndole impuesto la sanción de confinamiento en Ronda [...] el Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación, a don Dionisio Ridruejo, a disposición de cuya superior autoridad debe quedar en dicha población [...]”⁵³⁶ –así arranca el oficio notificativo–), con el ensayo de una suerte de alquimia que pretende convertir lo que debiera ser *pena* judicial en *sanción* ministerial. Otra clase de confinados, en la represión inmediatamente postbélica, fue la de los vencidos: muchos de los puestos en presidio por los consejos de guerra, aunque fueron viendo reducidas sus condenas en los años siguientes, no alcanzaron a su excarcelación la completa libertad, sino que padecieron un intermedio confinamiento⁵³⁷. En represión de lo que la propaganda totalitaria motejó de *contubernio de*

533 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 79-80.

534 Véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 81-117, 150-191, 326-349.

535 JOSÉ TOMÁS VALVERDE, *Memorias de un alcalde*, pp. 197-207.

536 RIDRUEJO, *Casi...*, pp. 248-284 (y además, *id.*, “Cancionero en Ronda”, *Hasta la fecha (poesías completas)*, pp. 381-413). Véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 118-145.

537 V. gr., Teodulfo LAGUNERO, *Memorias*, p. 66.

Munich, el congreso europeísta celebrado en la capital bávara en junio de 1962 que propició un simbólico encuentro entre fuerzas de *las dos Españas*, quedó suspendida la libertad de residencia para confinar a los asistentes españoles⁵³⁸, uno de los cuales, Álvarez de Miranda, se queja de que “la reacción represiva tan fulminante nos sorprendió al superar todas las previsiones. El decreto-ley de 8 de junio por el que el general Franco suspendía la vigencia del artículo 14 del Fuero de los Españoles fue una medida extrema y hasta alarmante”⁵³⁹; una de las particularidades más chocantes del desafuero radicó en la alternativa conminación gubernativa: o exilio *voluntario* o confinamiento⁵⁴⁰. A la sombra del estado de excepción decretado en enero de 1969 numerosos profesores fueron sometidos a *una singular medida de gobierno, tomada en Consejo de Ministros por unanimidad y dirigida contra la oposición universitaria moderada*⁵⁴¹ que los reducía muchas veces a lugarejos sin *las mínimas condiciones de seguridad y vigilancia*⁵⁴², no digamos ya de acomodo de los restrictos en su libertad... El grueso de éstos coincide en denunciar, aparte el descalabro profesional y económico que sigue a todo confinamiento, la inseguridad jurídica dimanante de no tener marcados límites temporales la medida gubernativa ni concretarse su duración en ningún caso, quedando el sujeto a la expectativa de la decisión que la superioridad puede tomar en cualquier momento y que puede demorar indefinidamente⁵⁴³. Peor aún, corriendo el cuándo eslabonado con el cómo, “se sabe, ciertamente, cuando comienza esta situación, pero se ignora cuándo va a finalizar. [...] Ignorábamos cómo iba a terminar el confinamiento... Podía acabar como en realidad se produjo, o con un procesamiento, o con repercusiones más importantes”⁵⁴⁴ –recela el filósofo del Derecho Elías Díaz–.

Por cubrir el tradicional espectro del uso confinatorio –activistas políticos y vagos o excluidos sociales–, tampoco falta en el largo período franquista la potestad no judicial de destierro o confinamiento en sectores especiales del ordenamiento: así, dentro de la normativa reguladora del Servicio

538 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 205.

539 ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Del «contubernio»...*, p. 34 (su completa crónica en primera persona, *ibidem*, pp. 31-44). Véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 196-287.

540 Léase a ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Del «contubernio»...*, p. 34; RIDRUEJO, *Casi...*, pp. 390-393; o ENRIQUE TIERNO GALVÁN, *Cabos sueltos*, pp. 290-291.

541 MORODO, *Atando...*, p. 601 (*ibidem*, pp. 600-601, 608). Véanse TIERNO GALVÁN, *Cabos...*, p. 406; y PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 288-321.

542 ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Del «contubernio»...*, p. 64 (*ibidem*, pp. 63-64).

543 Véase PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, pp. 157-158.

544 PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 317.

Nacional de Libertad Vigilada, actuante entre 1943 y 1968, la orden de 24 de mayo de 1944 concede a sus juntas locales atribuciones para el destierro de los liberados condicionales bajo su control⁵⁴⁵. Salvada esta impolítica fase –autócrata, pero ordenancista– de la historia española, al cabo, en la norma fundamental que nos rige,

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional⁵⁴⁶.

El 1 de junio de 1981 se dictó la Ley de estados de alarma, excepción y sitio, derogando en su mayor parte la de Orden Público de 1959. Con toda evidencia, procura rodear las medidas extraordinarias de una batería de salvaguardas para unos derechos sólo en lo justo y necesario sacrificados: no es de extrañar cuando de los abusos prodigados con la legislación excepcional en el último franquismo se tenía entre la clase política un muy vivo recuerdo.

Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso los estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias⁵⁴⁷.

1. Los actos y disposiciones de la Administración pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

2. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de estos estados sufran, de forma indirecta, o en sus personas, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes⁵⁴⁸.

A partir de esto, se revisan los contenidos abarcables por la suspensión de derechos y libertades, entre los que, por descontado, siguen entrando las limitaciones de desplazamiento y residencia; dentro del estado de excepción:

1. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 19 de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y

545 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, p. 554.

546 Art. 19, párr. 1º, CE 1978.

547 L. O. 4/1981 cit., art. 1.2.

548 L. O. 4/1981, art. 3.1 y 2.

vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir.

2. Igualmente podrá delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas y prohibir en lugares determinados la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

3. Cuando ello resulte necesario, la autoridad gubernativa podrá exigir a personas determinadas que comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual.

4. Igualmente podrá disponer su desplazamiento fuera de dicha localidad cuando lo estime necesario.

5. Podrá también fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuado a sus condiciones personales.

6. Corresponde a la autoridad gubernativa proveer de los recursos para el cumplimiento de las medidas previstas en este artículo y, particularmente, de las referidas a viajes, alojamiento y manutención de la persona afectada.

7. Para acordar las medidas a que se refieren los apartados 3, 4 y 5 de este artículo, la autoridad gubernativa habrá de tener fundados motivos en razón de la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada por tales medidas⁵⁴⁹.

Me contentaré con el resalto de la exigida atención a las condiciones personales del confinado a la hora de determinar el punto en que lo estará, así como de la provisión gubernativa de recursos para traslado, alojamiento y manutención, dos problemas y reclamaciones muy soslayados en las fases normativas precedentes, según contemplábamos; y todavía ni con esto parece tranquilo el legislador cuando remacha la indefectibilidad de unos *fundados motivos* para el acuerdo de medidas: difícilmente las prevenciones respecto al poder ejecutivo pudieran ser más notorias. Como último apunte, quede constancia de las facultades que por razones de seguridad pública asistían al Ministro del Interior en la Ley de Extranjería del año 1985 para fijar a los no españoles la *residencia obligatoria en determinado lugar*⁵⁵⁰, pero no deje de notarse cómo habla el precepto de residencia y no de permanencia, que hubiera sido un concepto más propincuo al de confinamiento.

549 L. O. 4/1981, art. 20.

550 L. O. 7/1985, art. 6: “Los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia, sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministro del Interior, con carácter individual, y que solamente podrán consistir en medidas: / a) De presentación periódica ante las autoridades competentes. / b) De alejamiento de fronteras o núcleos de población concentrados singularmente. / c) De residencia obligatoria en determinado lugar”.

VIII EL DESTIERRO

1. Introducción

Viene a constituir el destierro como la metonimia de las penas restrictivas de la libertad ambulatoria: desde luego, en el lenguaje vulgar suele aplicarse a cualquiera de tales penas e incluso en el ámbito jurídico así ha ocurrido en buena medida también: sólo en la época contemporánea se ha determinado con precisión qué deba entenderse en Derecho técnicamente por destierro, diferenciado de la deportación, del extrañamiento o del confinamiento. Causa de ello es su consideración de pena matriz de todo el grupo, en cuanto arrojamiento o expulsión territorial sin matices ni otros accidentes que el propio acto expelitivo. Abórdanlo, por ende, Goyena y Aguirre considerando que “[...] no se obliga al desterrado á fijarse precisamente en señalada localidad, circunstancia en que se diferencia esta pena de las de confinamiento y relegacion. La ley de Partidas la confundia con estas penas”¹; pero la confusión llegará a veces casi hasta nuestros días. Con su vitola de pena troncal, poco extrañará, pues, que haya sido la más utilizada, entre éstas de coerción geográfica, a lo largo de siglos: basta echar una ligera mirada a nuestra Historia y a nuestra Literatura y hallarlas jalonadas de destierros múltiples. Al comienzo de este trabajo hacía obligada alusión al del Cid², pero podríamos desde su tiempo literario hacer un repaso de las letras hispanas a la huella de sus destierros, algunos de ingenios tan esclarecidos como los de Garcilaso, Lope de Vega, Quevedo, Villamediana, Tirso, Cadalso, con muchedumbre de plumas de segundo o tercer rango³. No menos abundosos en notoriedad,

1 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 149 (véyase a *Partidas*, VII.31.4 o 10).

2 Porque se trata de un destierro histórico, no ficticio a fuer de literario: PÉREZ MATEOS, *Los confinados...*, p. 19; HINOJOSA Y NAVEROS, “El derecho en el Poema...”, pp. 189, 194-197.

3 GARCILASO DE LA VEGA, “Elegía I”, p. 41; GALLEGO MORELL [ed.], *Garcilaso...*, doc. 2, pp. 58-60. Lope de VEGA, *Poesías...*, t. II, p. 4, 6-7; *id.*, *La Arcadia*, pp. 142-143; véase Américo CASTRO/Hugo A. RENNERT, *Vida de Lope de Vega (1562-1635)*, pp. 34-89,

otros destierros van cargados de implicaciones político-sociales, como el de los moriscos en 1569, premonición o ensayo de su definitiva expulsión⁴, los sistemáticamente perpetrados sobre los gitanos, con amplia gama de restricciones a sus desplazamientos⁵, el del valido de Felipe IV Conde-Duque de Olivares⁶ o los decretados a la mayor parte de implicados en 1807 en la causa de El Escorial⁷... Pero éstos como aquéllos no son más que la espuma de un espeso magma.

De antiguo, “el destierro forma parte del sistema de venganza, en cuanto que el declarado enemigo no puede retornar al lugar durante un tiempo determinado, a menos que él mismo se cuide de sus rivales”⁸: ya en el preámbulo pasé revista con la mayor concisión a las penas de libertad restringida y allá aparecía el destierro entre los pueblos indígenas, romano, visigodo, musulmán... Presente en el Fuero Juzgo⁹, una vez constituidos los reinos hispánicos, esta misma mirada retrospectiva sobre el Derecho histórico ad-

391-395. QUEVEDO, “Constancia...”, p. 1174; *id.*, *Poesía original completa*, p. 105; véase GARCÍASOL, *Quevedo*, pp. 94-95; más, *in extenso*, Pablo JAURALDE POU, *Francisco de Quevedo (1580-1645)*, pp. 551-572. Juan Manuel ROZAS, “Introducción” a Conde de Villamediana, *Obras*, pp. 12-13 (consúltese VILLALBA PÉREZ, *La administración...*, pp. 207-208). Para Tirso, PENEDO REY (ed.), “Introducción”, pp. CX-CXXII. José CADALSO, “Memoria de los acontecimientos más particulares de mi vida”, *Las noches lúgubres seguidas de la Memoria de los acontecimientos más particulares de mi vida*, pp. 93-94. Narciso ALONSO CORTÉS, “Introducción” a Esteban Manuel de Villegas, *Eróticas o amatorias*, pp. XVI-XVIII.

4 Véanse HURTADO DE MENDOZA, *Guerra...*, pp. 228-230; o Julio CARO BAROJA, *Los moriscos del reino de Granada*, p. 205.

5 Consúltese, v. gr., LEBLON, *Los gitanos...*, pp. 22-79, quien destaca particularizadamente la actividad de Cortes bajo los primeros Austrias (pp. 26-28), el debate acerca de una expulsión análoga a la de los moriscos (pp. 30-41) o los informes de los ilustrados (pp. 48-67).

6 Gregorio MARAÑÓN, “El Conde-Duque de Olivares (la pasión de mandar)”, *Obras completas*, t. V, pp. 813-883, 945-946; *Historia de la caída del Conde-Duque de Olivares (manuscrito del siglo XVII)*, pp. 105-106.

7 Véase ESCOIQUIZ, *Memorias...*, p. 183.

8 LALINDE ABADÍA, “La pena...”, p. 187.

9 No son las penas de libertad ni mucho menos las más recurrentes en la versión romanceada del *Liber iudiciorum* (lo son el talió, los azotes, la servidumbre, las caloñas), pero tampoco desconoce los destierros, perpetuos o temporales, el “Fuero juzgo...”, III.4.17, III.5.2, III.5.7, III.6.2, VI.5.12, VI.5.18, IX.2.9 (por siempre), VI.5.13 (por cierto tiempo), v. gr.; además, hallamos el insólito envío a *ultra mar* arriba aducido (cfr. nota I/45). Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen...*, pp. 125-126.

vertirá que, con posterioridad, en pocos de los corpus normativos castellanos que incorporan cláusulas de orden penal se echa a faltar este castigo¹⁰: el Libro de los fueros de Castilla¹¹, el Fuero Viejo de Castilla¹², las Leyes del Estilo¹³, el Espéculo¹⁴, las Partidas¹⁵, el Fuero Real¹⁶, el Ordenamiento de Alcalá¹⁷, etcétera; mucho de esto –y aun con abundosa añadidura– llegará a las recopilaciones. Tampoco la legislación de Cortes desdeña su esgrimadura contra el transgresor del sistema¹⁸. Asimismo, en la legislación histórica espe-

10 Véase Enrique ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, pp. 55-118.

11 *Libro de los fueros de Castiella*, nº 163 o nº 188, como contados casos –pero positivos, por ende– en que el culpable *deue sallir dela tierra* (cfr. notas I/67 y V/17).

12 “El Fuero Viejo de Castilla” (en *CECA*, t. I), II.1.2, II.2.1 (ciertos supuestos de muerte, de forzamiento de mujeres), más I.4 (“De los Ricos omes, que echa el Rey de la tierra sua”).

13 “Las Leyes del Estilo” (en *CECA*, t. I), XLIX o CCLII, en ciertos aspectos de procedimiento.

14 “Espéculo”, III.5.13 (“Que pena deven aver los que non acorriesen a la seña [...] de sus conceios”) o III.8.5 (“Que pena deven aver los que furtran en hueste o en cavalgada”) o V.13.29 (prevaricación).

15 *Partidas*, IV.25.10-13 (“Por qué razones puede el rey echar sus ricoshomes de la tierra”, con sus cuestiones ejecutivas), más buena copia de leyes que recurren a esta pena como medio de punir.

16 Cfr. notas I/56 y I/57. Véase PACHECO, *El Código...*, p. 73.

17 *Ora desterrado fuera del nuestro Sennorio, ora echado del Regno, ora compe-lido a que salga de la tierra* –pena bien perpetua, bien temporal, ya principal, ya subsidia-ria– lo será en “El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho” (en *CECA*, t. I), el incurso en ciertos supuestos de atentado contra los oficiales del rey (XX.11-14), de casamientos ilícitos (XXI.2), de cobro indebido de portazgo (XXVI), de desafío irregular (XXIX), de incumplimiento del deber de acudir el vasallo a servir al rey (XXXI), de participación en asonadas (XXXII.1-2), de acusación o riepto sin probanza (XXXII.4 y 10) y algunos otros más (XXXII.23-25).

18 V. gr., Miguel PINO ABAD, “La aplicación singular de las normas penales a los pobres en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, en *Rudimentos Legales* 2, pp. 271-275, reseña el recurso al destierro a la hora de reprimir la vagancia en las Cortes de Valladolid de 1312, (de Burgos en 1379 agrega MITRE FERNÁNDEZ, *Fronterizos...*, p. 43), de Briviesca de 1387, de Madrid de 1435, de Ocaña de 1469, de Madrid de 1528... Para Aragón, tenemos casos concretos como el de las Cortes de Monzón de 1585 –*de exilio Bohemianorum*– (Alfonso GUALLART DE VIALA, *El Derecho penal histórico de Aragón*, p. 111); cfr. notas IX/7 a IX/11 para completar, por medio de varias calas en la *Novísima*, el celo represivo de esta parcela de la criminalidad.

cial no va a quedar infructuoso el sondeo del destierro: se inflige, verbigracia, por el Ordenamiento de las Tafurerías¹⁹; y Sánchez Benito, investigador de los *casos de Hermandad*, ha sistematizado con apoyo estadístico el arsenal punitivo de ésta, encontrando entre sus castigos *como más liviano el destierro*²⁰. Esta profusa representación tiene, por descontado, su correspondencia en otros ordenamientos ibéricos –Navarra²¹, Aragón²², Cataluña²³, Valencia²⁴ o Mallorca²⁵–. De su uso o frecuentación jurisprudencial en demarcaciones de la más diversa extensión tampoco faltan noticias²⁶. Contamos, por lo demás,

19 “Ordenamiento de las Tafurerías” (en *CECA*, t. VI), L. II, para el tahúr fullero (y véanse SAINZ GUERRA, *La evolución...*, p. 328, y, sobre todo, Miguel PINO ABAD, “La regulación penal de los juegos de suerte, envite o azar en su evolución histórica”, *Rudimentos Legales* 5 (2003), pp. 140, 145-146, 155-156, 158, 160, 163, etc., con *id.*, “La ineficacia de la represión penal ante la costumbre lúdica”, en Miguel Ángel Chamocho Cantudo (coord.), *Droit et moeurs. Implication et influence des moeurs dans la configuration du droit*, pp. 337, 339, 344, 348, 350, etc.

20 José María SÁNCHEZ BENITO, “Criminalidad en época de los Reyes Católicos. Delincuentes perseguidos por la Hermandad”, en Vicente Ángel Álvarez Palenzuela *et al.* (coords.), *Estudios de Historia medieval en homenaje a Luis Suárez Fernández*, pp. 423-424.

21 ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad...*, pp. 123-154.

22 GUALLART DE VIALA, *El Derecho...*, pp. 82-83; ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad...*, pp. 159-195.

23 Isabel ALMAZÁN FERNÁNDEZ, “Penalidad señorial y penalidad real: el diferente peso de la justicia en Cataluña durante el siglo XVI”, en Esteban Sarasa Sánchez/Eliseo Serrano Martín (eds.), *Señorío y feudalismo en la Península Ibérica (ss. XII-XIX)*, t. IV, pp. 180-181; ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad...*, pp. 201-234.

24 José MARTÍ SORO, “La punición o el derecho represivo en la legislación foral del reino de Valencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 886 (1971), p. 13; *id.*, “Las penas en la legislación foral del reino de Valencia”, en Santiago Bru i Vidal (dir.), *Crónica de la XI Asamblea de cronistas oficiales del Reino de Valencia*, p. 4; ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad...*, pp. 239-273.

25 Antonio PLANAS ROSELLÓ, *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*, pp. 156-157; Román PIÑA HOMS, *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, p. 251.

26 V. gr., Juan Miguel MENDOZA GARRIDO, *Delincuencia y represión en la Castilla bajomedieval (los territorios castellano-manchegos)*, pp. 473-490; Ángel ALLOZA, *La vara quebrada de la justicia: un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVIII*, pp. 259-260, 266-267; sobre el Reino de Galicia, ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 120, o José-Miguel PALOP RAMOS, “Notas sobre la criminalidad en Galicia a finales del siglo XVIII”, en vv. aa., *Conflictos y represiones...*, pp. 200-207.

con algunas valiosas monografías de circunscripción regional, como las de Ortego Gil para el reino de Galicia o Bazán Díaz para el caso vasco, quien, al sistematizar la frecuentación del destierro en Vasconia, procura en todo momento cribar aquellas conclusiones que puedan ser extrapoladas al resto de la Península²⁷. Por apurar el espectro normativo, nótese que el destierro no falta en el derecho local: tanto en fueros municipales²⁸ como en ordenanzas urbanas o rurales²⁹ hallamos su rastro. Es más, las medidas expulsivas dentro de estas circunscripciones menores, por orden de corregidor o por disposición concejil, se han multiplicado en todo tiempo y lugar a costa de los más molestos vecinos o transeúntes, a veces sin otra justificación que la desconfianza o el escrúpulo de la autoridad, como acaeció con muchos opositores políticos en la España decimonónica³⁰...

Tomás y Valiente, que da esta pena como una de *las que aparecen en los textos legales más frecuentemente*³¹, resalta su utilización contra infracciones específicas³², así como en sustitución de las corporales, en principio no

27 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, y BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, *in totum*; de parejo interés es la investigación de Iñaki REGUERA, “Marginación y fueros. Legislación excluyente y discriminatoria en el País Vasco en la Edad Moderna”, *ibidem*, pp. 163-185. Otros trabajos, escogidos entre muchos, que merecen consulta, al contemplar el destierro con perspectiva espacial, temporal o jurisdiccionalmente reconcentrada, son los de VILLALBA PÉREZ, *La administración...*, pp. 205-208; CANDAU CHACÓN, *Los delitos...*, pp. 341-346; o Emilio CABRERA, “Crimen y castigo en Andalucía durante el siglo XV”, *Meridies* 1 (1994), pp. 31-32.

28 V. gr., QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 529, alude a la pena de destierro de la villa en fueros municipales como los de Villavicencia y Escalona; otro ejemplo: el de Julián HURTADO DE MOLINA DELGADO, *Delitos y penas en los fueros de Córdoba y Molina*, p. 248, dando razón de la pena de expulsión perpetua de la villa en ambos fueros. En pocos dejará de preverse la expulsión de la villa.

29 Tomo al azar tres muestras que serán suficientes: *Ordenanzas del Concejo de Carmona* [1525-1535], “Título del peso de la harina”, ord. IV; “Título de los molineros y atahoneros de pan”, ord. II; y “Título de los mesoneros y venteros”, ord. VI. *Gobierno y administración de la villa de Aguilar de Campoo (Ordenanzas de 1591)*, ords. 75, 91, 92 y 93. *Libro de Ordenanzas Para el Buen Gobierno de Murcia y su Huerta y Campo* [1594], “Ordenanzas tocantes a la Huerta y Campo”, ord. 38.

30 V. gr., LEBLON, *Los gitanos...*, p. 22; GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, p. 30; Juan GARCÍA ABELLÁN, *La otra Murcia del siglo XVIII*, p. 34; FLEITAS ALONSO, *Guinea...*, p. 114. Cfr. nota VII/471.

31 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 381. Al igual, BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 32-34; ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 120-122.

32 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 258-259, 361-362.

ejecutables sobre los nobles, cuando el reo fuese tal³³ (por supuesto, no nos falta la estampa del noble desterrado en las galerías de retratos tardomedievales como esas celebradas *Generaciones y semblanzas* de Fernán Pérez de Guzmán o los *Claros varones de Castilla* de Fernando del Pulgar³⁴). Parece ser que, en general, solía aplicarse esta pena, moderando la ordinaria, *a quienes han cometido delitos graves pero con alguna circunstancia atenuante*³⁵ o bien a *acusados por delitos no excesivamente graves*³⁶; y, de consiguiente, era con mucha frecuencia el destierro una de las penas arbitrarias falladas *ultra legem*, aunque *secundum iure*, por los jueces³⁷: una surtida gama de delitos venía a sumarse por esta vía a los legalmente merecedores de destierro; incluso halla uso dentro del derecho de gracia con fórmula de conmutación³⁸. Un muestrario criminológico bastante completo quizás sea el ofrecido, con amplio apoyo documental, por Ortego Gil: atentados a las justicias, amancebamientos, juegos prohibidos, rufianismo, hechicerías, incendios, escándalos y blasfemias, aborto, abigeato, armas prohibidas³⁹... Así puede omparecer profusamente en esa vida al detall (sociedad y sucesos) que son los *Avisos* –Pellicer o Barrionuevo–, las *Cartas de jesuitas*⁴⁰...; asimismo, en el reflejo servido por la literatura de creación, de su empleo contra la pobreza mendicante ha quedado fidedigna impronta en el *Lazarillo*; de ahí en adelante, la novela picaresca y sus aledaños no dejarán ya de procurarnos muestras de

33 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 319, confirmado por BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 32; o FERNÁNDEZ, *La defensa...*, p. 22.

34 Cfr. nota V/47.

35 CABRERA, “Crimen...”, p. 31. Léase a Miguel de CERVANTES, “Rinconete y Cortadillo”, *Novelas ejemplares*, p. 169.

36 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 118, 161.

37 V. gr., Joseph BERNI, *Práctica criminal*, pp. 7-8, 16, 18, 37; LA PRADILLA, *Suma...*, f. 6v; SALA, *Ilustracion...*, t. II, p. 87; ANTONIO GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civiles, communis et regii, tomis tribus distinctae*, t. III, p. 203.

38 Léase a PELLICER, *Avisos...*, p. 126.

39 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 122-123, 156-157. BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 27, ve en ésta *la pena por excelencia a la hora de reprimir la criminalidad*, convertida desde el siglo XV en *sustituto de toda la penalidad que implicara efusión de sangre, excepción hecha de los azotes* (*ibidem*, pp. 32-33); *id.*, *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*, pp. 636-645.

40 PELLICER, *Avisos...*, pp. 22-23, 64, 180, etcétera; BARRIONUEVO, *Avisos...*, pp. 241, 253, 256, etcétera; AA. VV., *Relatos diversos de cartas de jesuitas (1634-1648)*, pp. 17, 20, 24, etcétera.

destierro⁴¹ –tantas que acaba de tomar color con ello la especie de pena *multisusos* dibujada por normas y resoluciones–: de la indagación a conciencia podría resultar toda una curiosísima *Práctica criminal* que añadir a las varias que dio la época...

Pena de orientación a veces política (y esto ya desde ese poder local que llega a deshacerse de rivales electorales), consta otro uso en paralelo al tradicional del extrañamiento para eclesiásticos reluctantes. Así, como muestra, y nimbado por su inopinada inserción en la Novísima –una de esas inclusiones que Martínez Marina repudiara como de *leyes que no merecen este nombre*–, ahí tenemos el destierro por Carlos III del provisor o juez diocesano de Guadix, en asunto derivado de fricciones competenciales⁴². Ya en las cercanías del propuesto período de la Codificación, sin abandonar la esfera política, sorprendemos a Fernando VII y su agónico régimen, haciendo, antes y después de la regulación trienal del destierro, copioso uso de esta pena: aquella ruidosa Circular de 30 de mayo de 1814 –primicias del *Deseado*– condescendía a que los *infidentes* que bajo el régimen josefino no hubieren alcanzado rango de consejeros y ministros, diplomáticos, oficiales del ejército, miembros de la policía, aristócratas y prelados “[...] se les permita entrar en el reino; pero no el venir á la Corte, ni establecerse en pueblo que estuviere á menos de veinte leguas de distancia de ella [...]: quedando tales sugetos bajo de la inspeccion” de las autoridades locales⁴³. Encarnando el drama, una víctima concreta, Moratín, puesto en la situación que él mismo nos describe con enjundiosas iluminaciones –o turbiezas, según se mire– en torno a la perversión en la práctica de un núcleo propio del destierro a base de otras adherencias que están revelando un confinamiento: justificada su conducta y no comprendido entre aquellos afrancesados de subida significación, su majestad “[...] mandó que me fuese a residir a un pueblo pequeño de esta provincia. Obedecí esta orden, y me hallo desterrado a cien leguas y media

41 *La vida de Lazarillo de Tormes*, pp. 111-112 (*ibidem*, pp. 65-66); Alonso Jerónimo de SALAS BARBADILLO, “La hija de Celestina”, en *Picaresca femenina*, p. 197; Alonso de CASTILLO SOLÓRZANO, *Aventuras del bachiller Trapaza*, p. 72. Miguel de CERVANTES, “Rinconete...”, p. 169; FRANCISCO de QUEVEDO, “Historia de la vida del buscón llamado don Pablos, ejemplo de vagamundos y espejo de tacaños”, *Obras...*, pp. 118b, 162^a; *Vida y hechos de Estebanillo González, hombre de buen humor*, t. I, p. 214; Gregorio GONZÁLEZ, *El quitón Onofre*, p. 112; Mateo ALEMÁN, *Guzmán de Alfarache*, p. 452.

42 NRLE, II.2.25. Véase el reproche de MARTÍNEZ MARINA, *Juicio...*, p. 214.

43 Circular de 30 de mayo de 1814 cit., art. II, p. 50 (cfr. notas V/463 y IX/16). Véase FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 115.

de Madrid, y sequestrados mis bienes”⁴⁴: el destierro ha devenido en confinamiento al margen de la normativa. En el extremo contrario del resentimiento fernandino, peor resultó la conmutación fáctica que en su pena hubo de sufrir el coronado poeta Quintana, detenido junto a otros muchos liberales doceañistas, hasta que, “después de largo proceso, [...] fue condenado a diez años de destierro y cuatro de confinamiento en la plaza de Badajoz; mas a la postre vino a ser confinado por seis años en la ciudadela de Pamplona y privado de todos sus honores y empleos”⁴⁵, encierro que sólo pudo dejar al advenimiento del período constitucional de 1820. También se empleó, por descontado, contra los carlistas en el agrio y duradero conflicto desencadenado a la muerte de Fernando VII, que ni en este trance resultó benéfico para España: el laureado Zorrilla hace memoria, en sus *Recuerdos del tiempo viejo*, del destierro de la corte y sitios reales sufrido por su padre, *primer dignatario de la situación realista depuesto por la influencia liberal de la Reina Cristina*⁴⁶: aunque significado tradicionalista, pero no tan activo –inquietante– en el plano conspirador, esquivaba el hacerse acreedor a un lanzamiento de la patria.

La mayor parte de cuanto se dijo al presentar la categoría penológica en bloque vale para el destierro, como su *pena insignia* que puede llamarse; no es cuestión, por consiguiente, de reiterar conceptos. Me limitaré a subrayar cómo la nuda expulsión de determinado territorio intranacional concita en sí, por mor de su moderada afflictividad, menos reproches que elogios, prevaleciendo en la común opinión la eficacia innocuizadora sobre una desigualdad siempre al acecho⁴⁷; en efecto, la generalidad de autores reproduce la crítica, positiva o negativa, realizada al conjunto: “la pena de destierro es una de las mas útiles de la farmacopea criminal; pero tambien muy peligrosa por la desigualdad de sus efectos. Casos habrá en que será insignificante para algun individuo, mientras que arruinará quizá, ó impondrá privaciones dolorosísimas á otro, constituido en particulares circunstancias de pobreza, familia, etcétera”⁴⁸; de modo que “esta pena tiene las mismas cualidades ventajosas y desventajas que la relegacion y el confinamiento aunque en menor escala”⁴⁹:

44 Leandro FERNÁNDEZ DE MORATÍN, *Epistolario*, c. 121, pp. 301-302.

45 Narciso ALONSO CORTÉS, “Prólogo” a Manuel José Quintana, *Poesías*, pp. XX-XXI.

46 ZORRILLA, *Recuerdos...*, p. 171.

47 V. gr., PACHECO, *Estudios...*, p. 297.

48 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 228.

49 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 149.

reparable, graduable, desigual⁵⁰, etcétera. Empero, profundizando “en el aspecto positivo de la sanción criminal examinada ha anotado la doctrina, sobre todo, la liberación que produce en el ofendido, sus parientes y coterráneos de la presencia del delincuente, evitándose con ello, además, la muy posible comisión de otros delitos”⁵¹, por eso la hallaba Filangieri tan apropiada para los delitos llamados *locales*, nacidos *del trato con ciertas personas, y de la residencia en ciertos lugares*⁵²; he aquí una función que veremos ir adquiriendo progresiva importancia en los Códigos, hasta acabar por desvanecerse en ella la carga punitiva del destierro: las instituciones hoy vigentes en alguna manera herederas de esta pena hallan precisamente su impulso en tales cálculos político-criminales⁵³. Además, de no excluivizarse en delitos de tal índole, por fuerza habría de darse campo al conocido efecto *culebras de cascabel*, también amenazante tras un destierro⁵⁴... Pasemos sin más a ver qué hay de ello en la definitoria ley, cuál fue la forma que pena de tanta prosapia cobró bajo el influjo de los nuevos postulados renovadores de la punición que, desde el alborar del siglo XIX, pugnan por acceder a esos nuevos recipientes legales que son los Códigos.

2. Ubicación en las escalas penales

En la tramitación legislativa del Código de 1822, más que sobre la aprobación de este castigo penal, contra el que ningún diputado se posicionó, suscitóse la cuestión en torno a su colocación entre las penas corporales, conforme a la idea de la comisión, o entre las no corporales, por estimar que la escasa entidad de los tipos a que debería seguir no justificaba la eventualidad de un encarcelamiento sólo a aquélla categoría aparejado. Este debate no introduciría ninguna novedad: para la Edad Moderna, compendia Tomás y Valiente que “la pena de destierro era la última de las consideradas *corporis afflictiva*, si bien no hay un criterio unánime en esta materia, pues mientras hay autores que así opinan, hay también disposiciones gubernativas en las que el destierro no está incluido entre las penas corporales; a la larga debió prosperar este

50 ESCRICHE, *Diccionario...*, t. II, p. 331.

51 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 93.

52 FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, pp. 21-22.

53 Véase LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 92.

54 Atiéndase a PACHECO, *Estudios...*, p. 297.

segundo criterio”⁵⁵, que es, verbigracia, el de Castillo de Bovadilla, quien al asentarlos refuta pareceres contrarios de la doctrina clásica⁵⁶. La distinción no es nada banal, teniendo en cuenta, según lo apuntado, que sólo las corporales comportaban legalmente la prisión preventiva del inculcado durante la substanciación de la causa⁵⁷: por encima de su perversión fáctica⁵⁸, todavía en las cortes liberales que discutían su proyecto de Código en 1821 tenemos ocasión de escuchar este enunciado. De la discusión habida en su seno salió triunfante la alternativa de la corporalidad en atención a esas frustrantes consecuencias que, para el aseguramiento de la custodia del infractor, pudieran derivarse de un cambio en sentido contrario⁵⁹, sobre la base de que constitu-

55 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, p. 392; circunscrito al Derecho inquisitorial, sùmese, v. gr., GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen...*, p. 348, con similar indagación.

56 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. II, p. 449. Con inminencia ya de la época escogida, se suma a esta opción LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, p. 250; mas vemos todavía vacilar a GUTIÉRREZ, *Discurso...*, pp. 142-143, y ya en plena Codificación a ESCRICHE, *Diccionario...*, p. 331, llegar a disentir.

57 Véase SAINZ GUERRA, *La evolución...*, p. 272. Es norma que procede de las *Partidas*, VII.29.Proem.: “recabdados deben seer los que fueren acusados de tales yerros que si gelos probasen, que deben tomar muerte por ende ó seer dañados de algunos de sus miembros”; RLE XI.20.19, XII.26.4 (GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1843], t. III, p. 202).

58 Más allá de la letra de la ley, ALONSO ROMERO, *El proceso...*, pp. 197-198, hace la glosa del precepto destapando el *abuso judicial*, desmesurado celo tendente a *engrosar los fondos de la Hacienda*.

59 Hay que interpretar la colocación del destierro a la luz de la doctrina que resumía Calatrava, en *DSC 1821-1822*, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1331: “[...] pues especificándose cuáles son corporales y cuáles no, se declara con esto que las primeras causan la pérdida de los derechos de ciudadano, y hacen que el reo deba estar preso mientras se procede al juicio, y las otras no”. Entre los contradictores de la *corporalidad* del destierro, el diputado Fermín Gil de Linares objetaba que “[...] es necesario tener presente que las penas corporales, en el hecho solo de tener este nombre, llevan consigo la prision de los reos durante la sustanciacion de la causa: y siendo así que el delito que merezca el destierro temporal de un distrito debe ser muy leve, y en mi concepto mucho más leve que la declaracion de infamia y otras que se colocan entre las no corporales, es muy extraño que por estas no se proceda á la prision de los reos, y por aquellas no pueda dárseles la libertad con fianza, como siempre se ha hecho. Además, que no hay ninguna necesidad de que el reo acusado de un delito al que esté señalada tan leve pena sufra la prision durante los procedimientos, porque en caso de que se fugue, él mismo se impone la pena á que se le ha de condenar ó acaso mayor que la que por sentencia se le impondria [...]. Así que, me parece que esta pena debe colocarse entre las no corporales”; en su apoyo, Romero Al-

cionalmente sólo el implicado en delito con pena corporal aparejada podía ser habido por la fuerza pública para ponerlo a buen recaudo⁶⁰. La Comisión hizo, pues, valer su tesis de que ésta “[...] es por sí una pena corporal, y no leve, é importa que el que haya de sufrirla no la frustré, ocultándose ó fugándose durante el procedimiento”⁶¹. Permaneció, pues, según se había previsto en el Proyecto, como última de las corporales, tras el confinamiento⁶². Empero, en 1835 el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia, “[...] al clasificar las penas corporales, pone entre ellas el destierro del reino y nada dice del destierro o expulsión de un pueblo o distrito, ni de la confinación”, mas, según lo que ya tiene dictaminado Escriche en relación con esta última, a sus ojos “[...] es claro que no debe reputarse de esta clase”⁶³.

puente elucubraba que bastaría “[...] tomar el arbitrio de prohibirle la estada en tal punto mientras dure la causa, apercibiéndoles que entrando en él será reducido á la cárcel”. Redargüían a ello José Manuel de Vadillo, por la Comisión, y Álvaro Flórez Estrada: “[...] creo –interviene el primero– que se halla bien puesta entre las corporales; porque así como las prisiones y otras privaciones que afligen al cuerpo, se ponen entre las penas corporales, así debe considerarse el destierro, que sujeta á una persona á estar separada de ciertos sitios ó parajes”, abundando el segundo en la postura, toda vez que “el artículo de la Constitución dice que no podrá prenderse á ninguno que no merezca pena corporal; y si la comision no calificase de pena corporal la de destierro, no podria prenderse al que se hace acreedor á ser desterrado, lo cual traeria graves inconvenientes, y seria además un absurdo; pues habiendo lugar á la pena más fuerte, no lo habria á la más suave, ó por mejor decir, á lo que no es más que un medio de hacer efectiva la ley misma. El reo que merece que se le imponga la pena de destierro perpétuo, bien creo que merecerá algunos dias de cárcel”; y éste parece haber sido el argumento decisivo para la cámara, pues “concluido este discurso, se acordó que esta pena quedase en el lugar en que la habia colocado la comision” (*ibidem*, pp. 1340-1341).

60 Lo que el art. 287 CPME 1812 tenía dispuesto era: “Ningún español podrá ser preso, sin que preceda informacion sumaria del hecho, por el que merezca segun la ley ser castigado con pena corporal”, de ahí que “en cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza” (art. 296 CPME 1812).

61 DSC 1821-1822, t. II, nº 84, ses. 17-XII-1821, p. 1340.

62 Art. 28 CP 1822, en el cual hace la undécima de las penas corporales, tras haber sido duodécima en el 29 PCP 1821 (corrimento ocasionado por la desestimación parlamentaria de uno de los castigos propuestos, la vergüenza pública), ocupando en ambas escalas el postrero lugar.

63 ESCRICHE, *Diccionario...*, pp. 331 y 199, correlativamente (revisese el art. 11 RPAJ 1835). Bajo el Código advenidero, se publica cierto “Real decreto, mandando que no se dicten autos de prision en las causas en que se persiga delito que merezca pena inferior

Los Proyectos de 1830 y 1834 consignan el destierro antes de la reclusión, en el penúltimo lugar de sus respectivas relaciones de penas⁶⁴. El intermedio de 1831 lo separa para delitos comunes, séptima pena entre la confinación geográfica y las restricciones de derechos civiles y profesionales⁶⁵. Con fundamento en la citada reglamentación de 1835 para la Administración de Justicia, Ortiz de Zúñiga desarrolla la tabla de penas no corporales por oposición a las corporales que sí alista la norma, teniendo por segunda el *destierro de cierto pueblo ó radio sin salir al extranjero*, precedida del *confinamiento á un pueblo del reino*⁶⁶.

La controversia desatada en 1821 alrededor de la etiqueta que debía llevar el destierro, pena corporal o no corporal, decantado el Reglamento Provisional por lo segundo, carece de reflejo en 1845, campeando el acuerdo en su ajenidad con relación a las penas admonitorias y la consecretaria pertenencia a las correccionales como cuarto de sus correctivos, en medio del servicio forzado de armas y la suspensión de oficio⁶⁷; en la sección segunda de la escala gradual queda sexto el destierro entre el confinamiento y la vigilancia de la autoridad⁶⁸. No obstante, José Antonio Elías, al apostillar el articulado de 1848-1850, insistía en considerar esa categorización de penas corporales y no corporales a los efectos de *decidir si procede ó no la soltura de los reos mediante fianza durante el procedimiento*, dejando el destierro entre las de la segunda clase, las que toleran dicha puesta en libertad⁶⁹.

Con la llegada del Código de 1848 tendremos al destierro ya instalado en la que ha de ser su posición permanente en la escala penal: como tercera pena correccional, entre la prisión de este tipo y la sujeción a vigilancia por la autoridad⁷⁰. Parece que el terno de penas afflictivas, correccionales y leves se corresponde con la compartimentación de las infracciones en delitos graves, menos graves y faltas, pero, pasando adelante en la indagación de su porqué

á las de presidio, prision y confinamiento mayores”, de 30 de septiembre de 1853, en *CLE* 60, disp. 701, pp. 202-204.

64 Arts. 6 PCC 1830 y 45 PCC 1834.

65 Art. 36 PCC 1831.

66 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, p. 197; con el art. 11, en sus párrs. 1º y 2º, RPAJ 1835.

67 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 (art. 79). El destierro estaba, por de contado, en las BCP 1844, b. 2ª.

68 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595 (art. 117).

69 ELÍAS, *Aplicación...*, pp. 54-55.

70 Arts. 24 CP 1848, CP 1850 y PRCP 1869, art. 23 CPC 1875.

dentro de la economía expresiva del Código, propone Santamaría de Paredes al explicar el de 1870 que “en las aflictivas resplandece el carácter *expiatorio* del sistema de la justicia absoluta; en las correccionales la *reforma* del culpable, aunque preciso es convenir en que realmente apenas existen las de esta clase por nuestro mal sistema penitenciario”⁷¹; de qué modo haya que justificar la inclusión de sólo el destierro, como correctivo reformativo, entre las segundas, mientras el resto de penas de movilidad se quedan en la mera expiación teleológica parece cuestión de extremada sutileza...: sin ambages, Navarro de Palencia encuentra en dicha categoría *correccional* que su “alcance puramente formal [...] carece de toda realidad”, operante el aforismo de que *el nombre no hace la cosa*⁷²:

[...] aparecen las formas [...] *centrípetas*, quedando recluso el delincuente en círculos cada vez menores desde la *colonia* –deportación, relegación, confinamiento– hasta el *establecimiento penitenciario* [...]. La [...] forma *centrífuga* tiene su desarrollo en el *destierro* y el *extrañamiento*. Pero en el fondo, en el contenido, todas ellas manifiestan una idéntica naturaleza. Su embriología háse nutrido de una substancia común: el mal presupuesto para el sujeto que las sufre, el daño reactivo de los primitivos estados de conciencia á que obedecieron y en que tuvieron origen⁷³.

[...] Mas á poco que se medite, sobre su materia –sin necesidad de descender particularmente á dicho contenido– surgirá en el espíritu del que sólo trate de establecer correspondencia de conceptos entre las anteriores penas aflictivas y el grupo de las llamadas correccionales, la siguiente interrogación inmediata. ¿Cual es su diferencia? ¿Cuales los datos de donde podemos inducir este carácter de correccionalidad? ¿Cuales son los instrumentos ofrecidos para obtenerla? Y en verdad que semejantes perplejidades tienen justificación sobrada, por que á no ser que este elemento de enmienda y de corrección se busque exclusivamente para estas penas en la posterior acción administrativa de que nos habla el párrafo 2º del art. 100, esto es, en el tratamiento, lo cual sería tanto como decir que todas las demás –aflictivas, leves, comunes, accesorias– lo repugnan ó no les es de aplicación, –enormidad de todo punto inadmisíble–, lo cierto es, que resulta difícil columbrar las razones que pesaron en el ánimo de los redactores del Código para mantener tamaño verbalismo⁷⁴.

71 SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios...*, p. 339.

72 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 511 –ejemplificando cómo el destierro podrá ser *expiatorio o intimidativo*, nunca *esencialmente corrector*– y 522.

73 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 520, concorde SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 313.

74 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 522-523, 524.

En resumidas cuentas, ante dicha dicotomía –sin *alcance jurídico* ni *valor real*– de aflictivas y correccionales, concluye:

Ambas penas, consideradas á través de la teoría del cálculo son funciones del tiempo por ser ésta la variable; pero el valor moral y el valor social de unas y de otras resultan de una completa igualdad. Sus diferencias vienen á resolverse en una pura cuestión de nombre. Ambas actúan sometidas al mismo régimen, sin cuenta ni atención de sus resultados, ni utilidad para el delincuente ni para la sociedad. Muchas veces, conociendo previamente su ineficacia y como tópicos en los que no se cree y de los que nada se espera⁷⁵.

El destierro, en suma, “como se ve, trátase, pura y simplemente, de una verdadera pena aflictiva leve, de sentido eliminativo, de posible finalidad preventiva por separación, que de ningún modo puede justificar el nombre de correccional, igual que otras”⁷⁶ –coincide Saldaña–. Pero, aplicados alumnos de su escuela, a Navarro de Palencia y Saldaña se les escapan las posibilidades correctivas que otros, no siempre desde antagónicos presupuestos teóricos, ven en el apartamiento de ese factor criminógeno que puede ser el contexto espacial⁷⁷. Atendiendo a las escalas graduales, si en la general quedaba separada con la sujeción a vigilancia del resto de penas restrictivas de la libertad, como correccional y no aflictiva, ahora se reúne en la escala número 3º, de ocho grados, el séptimo de los cuales le corresponde en 1848 entre el confinamiento menor y la caución de conducta⁷⁸, y en 1850, con diez grados, entre dicho mismo confinamiento y la sujeción a la vigilancia de la autoridad⁷⁹. El mismo sistema de 1848 para clasificar la escala general se mantiene en 1870, con la sola variación, al eliminarse la pena de vigilancia, de quedar flanqueado el destierro por la reprensión pública, además de por la prisión correccional⁸⁰; los Códigos penales de Ultramar se atenderán a esto⁸¹. Luego, con ampliación de la cantidad de escalas graduales y refundición del arsenal punitivo, el Código del 70 coloca para aplicar pena inferior o superior el destierro como cuarto grado de las escalas tercera y cuarta, tras el confinamiento

75 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 524-525.

76 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 313.

77 V. gr., GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 100; VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 147; SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 321.

78 Art. 79 CP 1848. Véase PACHECO, *El Código...*, p. 463.

79 Arts. 79 CP 1850 y 75 CPC 1875.

80 Art. 26 CP 1870.

81 Art. 24 CPCPR 1879, art. 26 PRCP 1880, art. 25 CPF 1884.

y precediendo a la reprensión pública en ambas, de acuerdo con la proposición de 1869⁸². El destierro que Alonso Martínez presenta en el Proyecto de 1882 sigue siendo correccional, dispuesto en su escala general en medio de la prisión y el arresto⁸³, segundo y último grado en la escala gradual de las penas restrictivas, tras el primero que forman relegación y extrañamiento⁸⁴. Asimismo, queda el destierro como pena correccional, y siempre entre prisión y arresto, en el Proyecto de bases que eleva este mismo ministro el año 1887⁸⁵. Tanto en el Proyecto de 1884 como en el articulado colonial de 1914 para Marruecos, el destierro es tercera de las penas correccionales, posterior a la prisión y el arresto, anterior a las inhabilitaciones más breves⁸⁶. Para la original escala de los hermanos Silvela, el destierro ocupaba los tres últimos grados de su escala segunda, del octavo al décimo, según duración; y, puesto que los siete primeros los comparten el extrañamiento y la relegación,

Cuando la pena determinada sea de destierro, las penas superiores serán de extrañamiento ó de relegación, según sean de una ú otra clase las impuestas á los delitos más graves comprendidos en el mismo título del Código; y si no pudieran determinarse de este modo, las penas superiores serán de extrañamiento⁸⁷.

En el corpus norteafricano, la escala del orden de gravedad separa al destierro del extrañamiento con el arresto mayor, conforme a la secuencia: ...extrañamiento, arresto mayor, destierro, arresto menor⁸⁸... El destierro es una de las dos restricciones punitivas a la libertad conservadas por Bernardo de Quirós en el Proyecto del año 1902, reputándola *menos grave o correccional*⁸⁹. Saldaña, dándole asimismo entrada al suyo en 1920, tiene conceptualizado

82 Art. 79 PRCP 1869 y art. 92 CP 1870; arts. 90 CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 91 CPF 1884. En glosa de MEDINA/MARAÑÓN, “Código...”, p. 35, “no presuponiendo la pena de destierro la detención del reo en un establecimiento penitenciario, en el caso de que el destierro sea la pena principal impuesta, corresponde aplicar, para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria, la multa, que representando una exacción pecuniaria, tiene menos importancia que la de privación de libertad. (S. 3 Nov. 87)”.

83 Art. 32 PCP 1882.

84 Art. 87 PCP 1882, escala gradual segunda.

85 PLB 1887, b. 9^a.

86 Arts. 39 PCP 1884 y 29 CPPM 1914.

87 Art. 87.6^a, párr. 3^o, PCP 1884.

88 Art. 74, párr. 2^o CPPM 1914.

89 Art. 35 PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 53; y art. 36, *ibidem*, p. 512.

el destierro como pena de privación de libertad –no de restricción, desdeñado matiz–, en su forma de *expulsión*⁹⁰. En 1928 resiste el destierro la criba de penas acometida por el legislador, que, decantado por la lista única, prescinde de discriminar diversos estratos penológicos y lo sitúa, sexta de las nueve penas, en medio del confinamiento y la inhabilitación⁹¹; como el confinamiento, puede ser grave o menos grave dependiendo de que su extensión sobrepase o no la frontera ajustada en los seis años⁹².

El Código de 1932, aun desechando el tratamiento de su precedente, no sigue en este punto con exactitud al de 1870, o sea que no retoma la clasificación tradicional en penas afflictivas, leves, comunes y accesorias, sino que la sustituye por la de graves, leves, comunes y accesorias, a la vez que no renuncia a simplificar un tanto el arsenal punitivo sin llegar al esquematismo de 1928; en este nuevo contexto, el destierro adquiere rango de pena grave, la décima, pero igualmente arrojada por los mismos confinamiento y reprensión pública⁹³, un panorama estabilizado para lo sucesivo –aunque undécima desde 1944 y octava desde 1983– hasta alcanzar el texto refundido del 73 con su recorrido hasta 1995⁹⁴. Las escalas graduales de 1932 actualizan y depuran las versiones precedentes, reduciendo la escala tercera (el ordinal sólo cambia en 1983, escala segunda⁹⁵) de acuerdo con su panoplia penal: queda entonces el destierro como tercer grado, posterior a las otras dos restricciones a la libertad ambulatoria que subsisten, el extrañamiento y el confinamiento, y anterior a la reprensión pública y la caución de conducta⁹⁶. El totalitario corpus que pergeña, *de lege ferenda*, la Falange en plena Guerra Civil sitúa en su escala general la pena grave de destierro bajo el confinamiento y por encima de la pérdida de la nacionalidad⁹⁷. Queda, en su postrera vigencia, el destierro del Código Penal Militar de 1985, pena principal de cierre de esta subescala, tras el confinamiento⁹⁸.

90 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 101; y p. 104 (art. 57 ACP 1920).

91 Arts. 87 CP 1928 y 90 PCP 1927.

92 Arts. 89 y 108, párr. 4º, CP 1928; arts. 92 y 112, párr. 4º, PCP 1927.

93 Art. 27 CP 1932.

94 Sin embargo, en el 27 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973 (también, en el 31 PCP 1939), fue undécima pena, por la recuperación de la capital en la escala, mientras que, tras la L. O. 8/1983, rechazada de nuevo la muerte y asimismo los presidios, contaba como octava.

95 Por la L. O. 8/1983, al desaparecer las penas nominales de presidio.

96 Art. 77, párr. 4º, CP 1932; art. 86, párr. 4º, PCP 1939; arts. 73, párr. 4º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

97 Art. 27 AFPC 1938.

98 Art. 24.1º CPM 1985. Véase el art. 362 de L. O. Procesal Militar de 1989 cit.

Había salido el destierro del debate doctrinal entre los juristas del Antiguo Régimen como pena *no corporal*, según se desprende, aún en 1835, del Reglamento de la Administración de Justicia, pero el Código de 1822 le reconoce el carácter corporal –zaguera en la escala– para posibilitar la prisión preventiva. Ya en 1845 se separa del resto de restricciones ambulatorias, como pena no aflictiva, sino *correccional* y, a despecho de la crítica doctrinal que sopesa en ella una cierta aflictividad, ahí permanece (por regla general, en los diversos textos, entre la prisión y la reprensión o el arresto) hasta que la escala general se rehace bajo los parámetros del Código de 1828 (grave o menos grave con atención a su duración) o bajo el nuevo sistema de 1932, que la deja como pena *grave*, última de las restrictivas y previa a las inhabilitaciones: tal será su puesto hasta la desaparición nominal sufrida en el Código de 1995.

3. Definiciones legales

Por mucho que en los debates parlamentarios sonaran frases cercanas a la definición del “[...] destierro, que sujeta á una persona á estar separada de ciertos sitios ó parajes” o que “pretende [...] separar á un delincuente de un lugar en que puede ser perjudicial, y trasladarle á otro en que no lo sea”⁹⁹, su conceptualización se salda en el Código Penal de 1822 sin ningún detenimiento, poniendo todo el énfasis en precaver los supuestos de cuasirreincidencia que atestan el artículo:

El reo condenado á destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado, será conducido fuera de él¹⁰⁰.

En los tres ensayos que suceden a este primer logro, el codificador no se molesta de momento en proveer de perfil nocional al destierro: da por sabido que consiste en la prohibición de que el reo acceda a determinado paraje

⁹⁹ DSC 1821-1822, t. II, n^o 84, ses. 17-XII-1821, p. 1340. Y como fundamento de Política criminal se ofrecen varias consideraciones: “[...] para que no se repita el escándalo ó lleve á efecto sus amenazas, ó para que las familias ofendidas de su insulto no tengan con su presencia un estímulo para vengarse” (*ibidem*, n^o 91, ses. 24-XII-1821, p. 1454).

¹⁰⁰ Art. 73 CP 1822, que aquí seguía con fidelidad su Proyecto (art. 76 PCP 1821).

y carga su cuidado expositivo sobre la latitud de aquélla¹⁰¹. No ocurre así en el cuarto Proyecto, de 1845, en cuya virtud

El destierro se sufrirá absteniéndose el sentenciado de entrar en el punto o puntos señalados en la condena durante ésta¹⁰².

Sólo a partir de aquí aparece codificada una introducción descriptiva del destierro que el Código de 1848, ya sin abandonarla, acude a pulir:

El sentenciado á destierro quedará privado de entrar en el punto ó puntos que se designen en la sentencia y en el radio que en la misma se señale [...] ¹⁰³.

Con Puig Peña, cabría pedir mayor sutileza a esa corta *privación de entrar*, cuando, en realidad, siendo el caso, “[...] la pena de destierro obliga, como es lógico, primero a salir y luego a no penetrar en el lugar de residencia prohibida”¹⁰⁴. La cláusula se sobrepondrá a los cambios normativos venideros –utilizada incluso por los Proyectos *Alonso Martínez, Silvela, Montilla o Saldaña*–¹⁰⁵, con las indispensables adaptaciones, sin afectar a cuestiones de concepto, si bien el Código de 1928 altera en algo el enunciado originario e introduce nuevas atenciones:

El sentenciado a destierro quedará privado de entrar y residir en el lugar en que cometiere el delito y en el que residieren habitualmente él y la víctima, si fueren distintos, y en el radio que con referencia a los mismos señale el Tribunal [...] ¹⁰⁶.

La Segunda República, si vuelve al texto articulado de 1870, primero en bloque y transitoriamente, después como patrón para su propio Código,

101 Art. 69 PCC 1830, art. 85, párr. 1º, PCC 1831, y art. 91 PCC 1834.

102 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 578 (art. 82, párr. 1º).

103 Art. 109 CP 1848.

104 PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 329.

105 En CP 1850 y PRCP 1869 mantiene numeración (art. 109), contenido y expresión gramatical, pasando luego a art. 116, últ. párr., CP 1870. Se halla en art. 105 CPC 1875, arts. 114, últ. párr., CPCPR 1879 y CPF 1884, art. 113, últ. párr., PRCP 1880, art. 105 PCP 1882, art. 56 PCP 1884, o art. 56 PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 571. El Código del Protectorado modifica en algo el léxico, pero nada cambia: “La pena de destierro se cumplirá privando al condenado de entrar en el punto o puntos que fije la sentencia y en el radio que en la misma se señale [...]” (art. 85 CPPM 1914). Por igual, SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 106 (art. 64 ACP 1920).

106 Arts. 177 CP 1928 y 192 PCP 1927.

por lo que toca a esta cláusula, lo hace recuperando a la letra su redacción de entonces¹⁰⁷. El Anteproyecto publicado por la Falange en la Salamanca sublevada de 1938¹⁰⁸ repite sin enmiendas la redacción en vigor de dicho Código de 1932, sobre la cual trabaja. Y esto es lo que se observa en la refundición de 1944¹⁰⁹, con la misma fórmula proveniente de 1848 que supera aún la última refundición del añoso Código en 1973¹¹⁰ para permanecer en vigor hasta el advenimiento del actual corpus de 1995, del que, al menos nominalmente, esta pena ha sido *desterrada*.

4. Contenido punitivo

A] Contenido esencial: el vedamiento del territorio.

En el destierro, conforme explica Pacheco, “si se priva al reo de residir en un punto y en el círculo de algunas leguas en derredor de él, déjasele toda la anchura de la monarquía, para que fije su domicilio donde más le convenga, y pueda atender mejor a sus intereses”; pero este mal que se le causa para expiación o retribución (“[...] por eso es por lo que se le impone”) es un mal muy minorado, incluso con respecto a la pena contigua en gravedad, contigua, sí, aunque a *distancia inconmensurable*: “para el confinado no hay más mundo que un pequeño distrito; el desterrado tiene todo el mundo abierto para sí, menos el pequeño distrito que se le cierra”¹¹¹. Consistiendo, pues, el destierro –al que con justeza coloca Saldaña la tilde de su esencia y virtualidad *francamente eliminativa*¹¹²– en vedar cierto territorio al condenado, se hace imprescindible determinar y precisar a éste el perímetro que haya de tener por defeso; corresponde esto al órgano judicial dentro de las directrices que le marque, en su caso, la ley, pudiendo ser ningunas o relativas al epicentro, a su radio o a ambos aspectos. En los Derechos históricos era ésta del espacio de exclusión una cuestión casi siempre jurisprudencial, según se colige de los estudios de Ortego Gil para la Galicia de la Edad Moderna, donde el destierro

107 Art. 91 CP 1932.

108 Art. 83 AFCP 1938.

109 Art. 88 CPTR 1944.

110 Arts. 88 CPTR 1963 y CPTR 1973.

111 PACHECO, *El Código...*, p. 463.

112 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 312.

cristaliza de ordinario como *sanción personalizada* por el arbitrio judicial¹¹³, o de Bazán Díaz respecto a su desenvolvimiento vasco –aunque con conclusiones que presenta como extensibles al resto de la Monarquía– durante la transición de la Edad Media a la Moderna: demarcación de alcances radiales a cargo de las sentencias analizadas, con arreglo a los propios usos forenses¹¹⁴. Sólo con la codificación pasa al ámbito material de la ley penal el enunciado de aquellas directrices a las que el juzgador habrá de ajustarse escrupulosamente en ese vedamiento territorial que impondrá al reo.

El Código del Trienio trató de forma laxa tan cardinal contenido, hablando de *recinto prohibido* sin mayor concreción delimitadora de alcances a la hora de establecer su disponibilidad punitiva, con lo que parece remitirse a la precisión político-administrativa de los límites correspondientes al *pueblo ó distrito determinado*¹¹⁵, binaria locución en la que vino a actualizarse el tradicional destierro *de la villa o de la tierra*. El terno de proyectos codificados en los años 30 decimonónicos acudía a sujetar con mayor fijeza los límites del destierro, aunque sólo en su vertiente mínima: el primero y el tercero proponían veinte leguas del pueblo del domicilio del reo, del lugar del delito y de Madrid y sitios reales, mientras que el segundo acortaba el radio mínimo del destierro a la mitad. El descuido en la técnica jurídica que supone haber *olvidado* en 1822 alguna concreción o directriz en torno al factor espacial, tanto o más interesante que describir una expulsión nada confusa, se procura enmendar con plausible intención –véase como se vea, siempre beneficiosa y clarificadora para la seguridad jurídica del reo–, acotando doblemente el objeto del destierro: en cuanto a las zonas cuyo acceso se le restringe y en cuanto a la holgura de la prohibición. He aquí la iniciativa de 1830, copiada en 1834:

El destierro nunca será a menor distancia que a veinte leguas del pueblo del domicilio del reo, del lugar del delito, y de Madrid y sitios Reales¹¹⁶.

113 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 117, 140, 148.

114 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 37.

115 Repátese el art. 73 CP 1822 (76 PCP 1821).

116 Art. 69 PCC 1830, con su correspondiente el 91 PCC 1834 (“El destierro nunca será a menor distancia de veinte leguas del domicilio del reo, del lugar del delito, y de Madrid y sitios Reales”). BERMEJO CABRERO, “Derecho...”, pp. 75-76, ha detenido sobre esos Sitios Reales –el *amoenum praedium* de los reyes y grandes– la mirada investigadora para el estudio de su jurisdicción especial, los órganos y materias en concurso (consúltense, por ejemplo, PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro...*, t. X, p. 413; o Manuel Silvestre MARTÍNEZ, *Librería de jueces, utilísima, y universal*, t. VI, p. 67).

Una notable especialidad del Proyecto de 1834 es la imposición a los desafíos de una modalidad de destierro ciertamente perturbadora para el investigador: el *destierro fuera de la Península*¹¹⁷, se entiende que extrapeninsular pero no extranacional; esto, en la época, hubiera podido ser tanto una *deportación* en toda regla al más remoto ultramar como un *confinamiento insular* en archipiélago adyacente a la península... En la consideración de las distancias del destierro, el espacio interdicto en 1831 se quiso extender a las diez leguas de los confines del espacio que se excluye de la libertad de desplazamiento o del cual se excluye al desterrado:

El destierro no se impondrá a menor distancia que la de diez leguas de los límites del territorio comprendido en la condena¹¹⁸.

Es la misma distancia que vuelve a emplear el redactor en el destierro de presencia que prevé para quienes aprovechen la prescripción, a quienes, con doble criterio, les quedará vedada la domiciliación “[...] en toda la extensión del territorio jurisdiccional del Tribunal Superior en que esté comprendido el lugar de la perpetración ni tampoco a menos distancia de diez leguas del pueblo donde habite la persona ofendida por el delito, o sus herederos [...]”¹¹⁹. Así como había obrado con el confinamiento y otras penas, el Proyecto de 1830 se ocupa del traslado de aquel a quien se va a desterrar, mecanismo que pasa igual a la adaptación de 1834, no abarcada esta pena por la Real Ordenanza de 14 de abril de ese mismo año. Entre los preceptos, léese que para el desterrado “en el pasaporte se señalará la ruta o término para hacerla: se presentará al Juez local del punto en que se fije; y recogido por éste, le dará los que pida por cierto tiempo para cualquier punto que no esté dentro del radio de que ha sido desterrado¹²⁰. Es una cláusula ejecutiva, pero tiene justificado su examen al hablar de la restricción espacial como esencia del destierro por estar asociándole, al parecer, cierto aspecto en teoría privativo del confinamiento, toda vez que, si bien es cierto que no lo constituye en puridad, también lo es que queda el reo sometido, cuando se proponga dejar su domicilio, a dos condiciones más allá de la constricción territorial consustancial a la pena de destierro: primera, la de recabar el oportuno pasaporte ante el juez local y ante todo viaje; segunda, la acotación temporal que parece vedarle la

117 Arts. 436 y 440 PCC 1834.

118 Art. 85, párr. 1º, PCC 1831.

119 Art. 1193 PCC 1831.

120 Arts. 735 PCC 1830 y 798 PCC 1834.

mudanza de residencia tras su elección inicial. ¿Qué diremos, pues, de un destierro que así sujeta al reo al punto elegido –la única facultad que se le deja– para su radicación, qué de un destierro tan *confinatorio*?, ¿y qué juicio habrá de merecernos, en suma, y a qué dictamen podrá dar lugar cuando exige autorización incluso para moverse fuera del perímetro vedado (*para cualquier punto que no esté dentro del radio de que ha sido desterrado*) y cuando se aviene a tal licencia sólo durante la necesidad justificada y en precario (*por cierto tiempo*)? Paso a paso: quizá con esto se aventuran conclusiones bajo premisas o presupuestos sociales de hoy en día y tal vez ese pasaporte no nos traslade sin más hasta los dominios teóricos de un confinamiento punitivo, sino a la corriente cotidianidad que, por ejemplo, recibe la ironía, en el año 1835, de *Fíguro*:

La policía se divide en política y en urbana. [...] La otra policía es urbana. Ésta es todavía más cosa buena que la otra. Entre las ventajas que produce nos contentaremos con los pasaportes, con los cuales va usted adonde quiere y adonde le dejan. Paga usted su peseta, y ya sabe usted que tiene pasaporte. Suponga usted que a imitación de Inglaterra no hubiera pasaportes. En verdad que no se concibe cómo se puede ir de una parte a otra sin pasaporte; si fuera sin caminos, sin canales, sin carruajes, sin posadas, ¡vaya!, ¡pero sin pasaportes!¹²¹

Pues sí: tratábase, en la fecha, de un requisito, de una formalidad de general exigencia a toda la población...; así, hasta que por Real Decreto de 15 de febrero de 1854 se suprimieron los pasaportes y se crearon las cédulas de vecindad¹²²: al cabo, lo que amenazaba con socavar el edificio teórico del destierro no es más que un condicionante de época, un estupendo recordatorio para eludir cualquier contemplación en abstracto de las instituciones, desgajadas de su marco contextual. En esta fase de tanteos previa a la pauta consolidada, a partir de 1848, en los Códigos, una norma especial, de 1845, *sancionando las penas en que incurren los que se emplean ó toman parte en el ilícito comercio de esclavos*, impone a los armadores de buques negre-

121 Mariano José de LARRA, “La policía”, *Fíguro. Colección de artículos dramáticos, literarios, políticos y de costumbres*, pp. 303-304 (se publicó este artículo el 7 de febrero de 1835 en la *Revista Española*). Casi un siglo más tarde, posicionado en el defensismo social, SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 110, sigue sustentando las virtudes de *la prohibición de viajar sin pasaporte nacional*, y ésta, *con otras, antiguas, que merecen ser renovadas*.

122 Véase Mariano GÓMEZ GONZÁLEZ, “Impuesto de cédulas personales”, en *EJE*, t. XVIII, pp. 620-621.

ros y dueños del cargamento un *destierro á mas de cincuenta leguas de su domicilio*¹²³. Con llamativo desnivel en los mínimos, ya en este mismo año la embrionaria actividad codificadora que culminará en corpus penal depara un nuevo intento de fijación de un segmento espacial para la pena de destierro; la aproximación nocional valorada en el Proyecto de Seijas no debe eclipsar este otro aporte suyo: la más precisa cuantificación de unos límites para el acotamiento también va a hacerse obligada en adelante, siendo éste el primer texto penal en señalar, junto al tope mínimo, otro máximo, fijados en las cinco y las quince leguas desde el punto epicéntrico:

[...] La designación se hará siempre marcando un radio de 5 leguas al menos y de 15 cuando más del lugar del delincuente o del que convenga según la causa que produzca la pena.¹²⁴

Los autores del Código de 1848 se plegaron a lo convenido en 1845, de manera que el radio señalado en la sentencia

[...] comprenderá una distancia de cinco leguas al menos y quince á lo mas del punto designado¹²⁵.

Equivalente esta medida itineraria a poco más de cinco kilómetros y medio, el ajuste al sistema de medición con base en el metro se debe al Código de 1870, que deja al arbitrio del tribunal¹²⁶

[...] una distancia de 25 kilómetros al ménos y 250 á lo más del punto designado¹²⁷.

123 “Sancionando las penas en que incurren los que se emplean ó toman parte en el ilícito comercio de esclavos”, ley de 2 de marzo de 1845, en *CLDDC* 34, pp. 96-99, art. 5º.

124 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 578 (art. 82, párr. 1º).

125 Art. 109 CP 1848, CP 1850 y, aún, PRCP 1869; a ultranza, es el 105 CPC 1875. Véase SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos...*, t. I, p. 459 (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1871).

126 “La designación del punto y radio es potestativa del Tribunal sentenciador. (Sent. 17 abril 1918)” –ahíncan Ricardo ABELLA/Manuel ABELLA, *Código Penal (texto revisado de 1963)*, p. 132–.

127 Art. 116, párr. 4º, CP 1870. A eso se ajustó, v. gr., la condena de Blasco Ibáñez en 1895 por *insulto de obra a la fuerza armada*: los dos años de prisión correccional le fueron conmutados a los seis meses *por destierro a 250 kilómetros de esta ciudad* de Valencia (véase José Luis LEÓN ROCA, *Vicente Blasco Ibáñez*, pp. 175-176, 181, 185-192).

Esto es lo que persiste en los textos futuros¹²⁸, aunque sea con alguna variación gramatical, como en el precepto jalifiano¹²⁹. Para tales mensuras, es criterio jurisprudencial exigir concreción geográfica en la resolución judicial:

[...] La jurisprudencia ha declarado [...] que la sentencia debe expresar de modo concreto y determinado la distancia que marca la esfera de residencia prohibida (3 marzo 1934)¹³⁰.

El fiscal Serrano Pérez, en su colecta de “[...] la doctrina legal que venía estableciendo la Fiscalía del Tribunal Supremo, en sus continuadas Circulares y Memorias, muchas de las cuales suplen el silencio y la ambigüedad de la ley y ofrecen normas precisas y claras que sirven de constante guía a los Fiscales y Magistrados”¹³¹, coadyuva a hilar algo más fino:

Al establecer el art. 116 del C. P. la distancia de 25 kilómetros para que no pueda rebasarla el condenado a destierro, se refiere racionalmente a la distancia que haya de recorrerse por las vías normales de comunicación, importando poco que en línea recta, a vuelo de pájaro como suele decirse, sea menor la distancia. (Res. 15 Ab. 1915. Mem. 915.)¹³²

Otra necesaria clarificación solventada por la alta magistratura apunta no al radio vedado, sino precisamente a su epicentro:

Nuestro Tribunal Supremo, en forma técnicamente irreprochable, ha interpretado que el radio que en la sentencia se señale ha de referirse a una localidad determinada, pero no a una región o a una provincia, ya que este último criterio ampliaría el alcance de la prohibición, por referirse a comarcas enteras, es decir, a distancias que en realidad superarían las señaladas como límite máximo en el hoy artículo 88 (S. 13 nov. 1934)¹³³.

128 Arts. 114, últ. párr., CPCPR 1879 y CPF 1884, art. 113, últ. párr., PRCP 1880, art. 105 PCP 1882, art. 56 PCP 1884; y en SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 106 (art. 64, párr. 1º, ACP 1920).

129 Art. 85 CPPM 1914: “[...] comprenderá una distancia superior a 25 e inferior a 250 kilómetros del punto designado”.

130 PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 329.

131 JOSÉ SERRANO PÉREZ, *Normas jurídicas*, pp. 5-6.

132 SERRANO PÉREZ, *Normas...*, p. 163. Ya criterio jurisprudencial, “el cómputo kilométrico ha de hacerse, según la S. de 21-I-1932, por distancias ideales y no por las efectivas de carretera o ferrocarril” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 535); LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 93, hace hincapié en ello.

133 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 93 (el precepto comentado por él es el art. 88 CPTR 1973, pero la interpretación del Supremo al 91 CP 1932 es perfec-

Importantísimo por lo que pudiera tener de desbarajuste de la completa arquitectura del destierro es el criterio jurisprudencial emanado en 1878 por el “[...] que el *abandono del punto destinado* para el cumplimiento de la pena de destierro –no siendo por obediencia y sin intención dolosa– *quebranta la condena*”¹³⁴, agravándolo con un corrimiento hacia la confinación en la residencia adoptada fuera del territorio judicialmente vedado; por fortuna y en buena ley, obran también fallos en sentido contrario: el desterrado no quebranta en tanto no penetra en el lugar que le haya sido prohibido¹³⁵. También hubo superior pronunciamiento en cuanto al criterio laboral o profesional, defendido para el confinamiento por mandato de la ley¹³⁶: contrariamente,

Respecto de esta pena, el Tribunal Supremo ha declarado que los Tribunales tienen potestad para designar el punto ó puntos y radio que ha de comprender el destierro, sin necesidad de tener en cuenta el oficio, profesión ó modo de vivir del sentenciado (sentencia de 2 de Mayo de 1892)¹³⁷.

Aparte de la regla general, cabe añadir alguna especialidad, como son la del indulto y la del delito de amenazas, tanto bajo el Proyecto *Silvela* como bajo el Código para Marruecos. En el primer texto, la prohibición de residir el reo indultado se extiende a la misma población o término municipal del ofendido y sus familiares, pasando casi igual al segundo: en la población o término del ofendido y los suyos¹³⁸. La prohibición al amenazador que no preste fianza cubre en el Proyecto el mismo término municipal del sujeto pasivo y sus deudos o dentro del radio que el tribunal establezca, lo que en el Código viene aligerado del epíteto *municipal*¹³⁹. Ya únicamente afectando al articulado silveliano, aparece el supuesto del vago o reincidente sujeto a vigilancia especial, a quien “[...] el Ministro de la Gobernacion podrá, además, prohibir-

tamente predicable de él como del previo 116, párr. 4º, CP 1870 y anteriores: el destierro pasa por todos los Códigos españoles con una misma fisonomía).

134 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 543 (sobre sentencia de 12 de diciembre de 1878).

135 Sentencias de 15 de marzo de 1877 (PANTOJA, *Repertorio...*, apd. 1º [1875/1876], pp. 319-320; SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos...*, t. I, pp. 459-460), de 9 de mayo de 1888 y de 21 de octubre de 1896 (ALEU, *Código...*, pp. 117, 124).

136 Art. 116, párr. 2º, CP 1870.

137 CUELLO CALÓN, “Destierro”, p. 882.

138 Art. 124, párr. 2º, PCP 1884; art. 91, párr. 2º, CPPM 1914.

139 Art. 70, párr. 4º, PCP 1884; art. 52, párr. 4º, CPPM 1914.

le residir en poblaciones de más de cierto número de habitantes, ó señalarle el lugar de su naturaleza ú otro como lugar fijo de residencia”¹⁴⁰. El Proyecto del Ministro Montilla, pergeñado por Bernaldo de Quirós en 1902, agranda respecto al Código vigente el espacio que podrá quedar interdicto para el desterrado, brecha que aún va a hacerse mayor bajo el Código de 1828; en el primero le aperebe

[...] una distancia de 25 kilómetros á lo menos y de 500 á lo más del punto designado¹⁴¹.

El segundo, ley positiva, sobredimensiona el área, y tanto que el ensanche del radio para los círculos menor y mayor llega al 500% en un caso y al 140% en el otro, nueva prueba del represivo rigorismo que de siempre se achaca a este texto del Directorio primorrriverista:

[...] a una distancia que no podrá ser menor de 150 kilómetros ni mayor de 600¹⁴².

Ello recordemos que con referencia al *lugar en que cometiere el delito y en el que residieren habitualmente él y la víctima, si fueren distintos, y en el radio que con referencia a los mismos señale el Tribunal* al desterrado¹⁴³, lo que supone una cortapisa inusual y terminante para el órgano decisorio, que no podrá ya desterrar de otros lugares distintos de los tres expresados por la ley. No parece esto muy explicable ni útil para responder a todo el casuismo que puede presentarse en las circunstancias del delito, haciendo convenir el destierro a puntos con él vinculados pero diversos de los previstos (por ejemplo, allí donde el culpable se recrearía en ciertas consecuencias de su acción delictiva). Revocada la novedad, el codificador de 1932 retrajo los términos hasta lo dispuesto en el articulado de 1870¹⁴⁴, conservándose tales medidas mínima y máxima en las reediciones de 1944 en adelante¹⁴⁵, también en el

140 Art. 71, últ. párr., PCP 1884.

141 Art. 56, párr. 1º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 572.

142 Arts. 177 *in fine* CP 1928 y 192 *in fine* PCP 1927.

143 Arts. 177 CP 1928 y 192 PCP 1927, proscripciones que son concordes con las de la medida de seguridad de los arts. 106 CP 1928 y 110 PCP 1927 o incluso con las de la prohibición de reincidencia que subsidiariamente recaerá sobre el sujeto a caución de conducta que no preste la fianza (arts. 129, párr. 4º, CP 1928 y 134, párr. 4º, PCP 1927).

144 Art. 91 CP 1932.

145 Art. 91 CP 1932.

Anteproyecto de F.E.T. en 1938 o en el Proyecto del año siguiente¹⁴⁶, hasta la desaparición del destierro como tal pena en 1995. Mas el Código de 1944 no se contrae a volver a asentar los alcances extensivos de la pena, sino que a esta consignación le adiciona un apéndice muy interesante, referido a la acotación espacial, que aprovecha lo mejor de la solución de 1928¹⁴⁷, es decir la atención garantista hacia la víctima del penado con destierro, pero sin maniar al juzgador:

[...] el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 a lo más del punto o puntos designados, entre los que se comprenderá, si el ofendido lo pidiere, el lugar en que el reo delinquirió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos¹⁴⁸.

Señala Antón Oneca, primeramente, que en la alusión al *perjudicado*, sin duda “debe querer decir de la víctima”, extendiendo su crítica hasta observar que “lo menos admisible es que estas prohibiciones dependan de la voluntad del ofendido, con un cierto carácter de venganza privada o familiar, cuando hubiera sido mejor dejarlas al arbitrio del Tribunal”, el cual sólo admitirá comprender la residencia de los familiares próximos ante el hecho de unas amenazas de causarles algún mal o de injurias que les trasciendan¹⁴⁹. Por último, “cuando se impongan por los órganos judiciales de cualquier jurisdicción penas de destierro o confinamiento a un militar no profesional, el órgano judicial que haya de ejecutar la sentencia interesará del Ministerio de Defensa el destino que al mismo corresponda”: así dice la Ley Procesal Militar de 1989, con referencia a la penalidad general del Texto Refundido de 1973¹⁵⁰; aquí, la interferencia de la prestación personal debida afectaba substancialmente las condiciones del desterrado, aunque sin alterar el contenido de la pena.

En definitiva, lo más relevante del tratamiento recibido por el esencial aspecto territorial del destierro no son las distancias concretas sucesivamente establecidas, mayores o menores (aunque quepa rechazar la amplitud desbordada de algún Código), sino la voluntad legislativa de someter la pena

146 Arts. 83 AFCP 1938 y 101 PCP 1939.

147 Participante en la elaboración del Texto Refundido, CASTEJÓN, “Génesis...” [178], p. 471, confiesa que esta agregación se toma del Código de 1928.

148 Arts. 88 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

149 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 570.

150 L. O. Procesal Militar de 1989, art. 362.

a unos límites razonables, las acertadas clarificaciones jurisprudenciales y la siempre plausible sensibilidad victimológica que se advierte ya en el Proyecto *Silvela*, pero sobre todo en los últimos corpus penales.

B] Contenido accesorio

a) La vigilancia de la autoridad

De entrada, preciso es confesar que, si tal vigilancia de la autoridad pertenece a la naturaleza de esta pena, las leyes no lo expresan y, en consonancia, tampoco los autores reflexionan de ordinario acerca de ello. No siendo, pues, muy frecuente la expresión en tratados y manuales de una vigilancia asociada con el destierro, cobra excepcional relieve la apostilla de *Silvela* “[...] al destierro, que se cumple bajo la vigilancia de la autoridad dentro del país mismo”¹⁵¹. En cambio, Vizmanos y Álvarez, como coautores que fueron del Código de 1848, se pliegan a la letra de la ley sin ulterior reflexión: vivirá el reo desterrado “[...] sin estar sujeto á la vigilancia especial de la autoridad, como en el confinamiento”¹⁵². La pesquisa en los textos codificados de este posible elemento no arroja un saldo espectacular, pero antes de aposentarse en el ordenamiento la garantía de legalidad ejecutiva, sí que aparece en la práctica forense la expresa condena a destierro bajo vigilancia de las autoridades del punto donde fije el reo la residencia: el ejemplo que aporta Lalinde es de 1838, ya en plena ebullición codificadora¹⁵³. De la sujeción a vigilancia de la autoridad a todos los reos de penas aflictivas de restricción de libertad que figura propuesta en el Proyecto *Silvela* de 1884 y en el Código del Protectorado norteafricano¹⁵⁴, queda al margen el destierro, como correccional que es¹⁵⁵. En el ordenamiento penal positivado por el Directorio primorriverista, haciendo suya una asentada jurisprudencia, la pena se entiende en ejecución o se cuenta su duración sólo desde que el desterrado “[...] se presente a la Autoridad superior gubernativa de la localidad [...] en que fije su residencia”¹⁵⁶,

151 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 316.

152 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 365. En ELÍAS, *Aplicación...*, p. 31, se deja traslucir asimismo esta exclusividad de la vigilancia para el confinado.

153 LALINDE ABADÍA, “Vida...”, p. 27.

154 Arts. 40.4.º PCP 1884 y 31.4.º CPPM 1914.

155 Art. 39 PCP 1884.

156 Art. 113 CP 1928. Cfr. notas VIII/158 y VIII/208.

lo cual ya constituye un principio o presupuesto de vigilancia. Además, el mismo ministro de Gracia y Justicia, Galo Ponte, al presentar el Proyecto a la Asamblea, hacía ver la idea de sus formadores de que el destierro, como el confinamiento, pudiera combinarse incluso con medidas complementarias de internamiento efectivo:

[...] Las mismas prevenciones se establecen, como medida de seguridad, con referencia a los toxicómanos y a los vagos que cometan delito relacionado o que sea consecuencia de su vicio u ociosidad, decretando su internamiento en casas de trabajo, una vez cumplidas las penas de privación de libertad o de deportación, o durante su cumplimiento si fuese destierro, confinamiento o multa, dedicándoles a trabajos adecuados a sus aptitudes y capacidad, hasta que se les pueda considerar corregidos de su vicio¹⁵⁷.

Hasta aquí, la parquedad de la ley, exprimida en sus meros indicios y hasta en una interpretación auténtica. Ahora bien, jurisprudencialmente se establecieron criterios que nos atestiguan la vigilancia sobre un desterrado puesto en la obligación de presentarse *á la Autoridad gubernativa del punto elegido por él para cumplirla*, acto hasta el cual estaríamos ante “[...] una condena que legalmente no había empezado á cumplirse”¹⁵⁸; darse entrada así, en aras de la operatividad ejecutiva, a una matización jurisprudencial con añadido gravoso para el reo, quien deberá presentarse en todo caso a la autoridad superior gubernativa de la provincia en que decida radicar. Necesaria presentación para proceder a la necesaria –conveniente, no indefectible– vigilancia, mas cabe plantearse, entonces, si esto está desbordando la ley o constituye la misma elaboración teórica de destierro: presumiblemente, la respuesta va a estar más sujeta que nunca a opinión y matiz... Lo cierto y verdad es que el problema ejecutivo existe, y existe desde siempre: Sainz Guerra se hace eco de que “según parece, los destierros temporales no se cumplieron con rigidez, en especial por la dificultad que las justicias tenían para realizar una vigilancia estricta sobre los condenados”¹⁵⁹; el siglo XIX sigue adoleciendo de lo mismo a pesar del emergente aparato policial¹⁶⁰. En todo caso, se

157 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 13, con referencia a los arts. 108 y 109 PCP 1927 (104 y 105 CP 1928).

158 PANTOJA, *Repertorio...*, pp. 243-244 (sentencias en casación de 9 de julio y 16 de diciembre de 1873). Véase VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 81.

159 SAINZ GUERRA, *La evolución...*, pp. 327-328.

160 Véase, v. gr., Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, pp. 81, 101.

trata de una contingencia a cuya previsión acudirá la ley o no: en principio, la actividad desplegada por la autoridad puede limitarse a vigilar los confines del territorio prohibido, aunque mayor efectividad alcanzase desde luego controlando al condenado allá donde libremente se asiente en su destierro. Esta última opción se revela sólo accesoria en el destierro, sin la esencialidad que para la ejecución del confinamiento tiene la vigilancia del reo, como seguridad o certeza de que no lo quebranta: contra las tentaciones del desterrado basta una vigilancia sobre el territorio; otra sobre el propio penado podrá ser conveniente, podrá resultar de hecho constituida, pero no por imprescindible. En su caso, esta vigilancia será, pues, accesoria, por cuanto que la pena de destierro (tampoco la ley) no la pide de suyo.

b) La restricción de derechos

Partiendo de que, a diferencia en principio de otros expelimientos de alcance nacional, el *simple destierro* es pena no infamante, “no quita el honor al condenado”¹⁶¹, las accesoriedades que históricamente se le han ido adhiriendo han tenido que ser en consecuencia –y, en lo pretérito, salvo infamia simultánea¹⁶²– de una mayor liviandad, menos limitativas de derechos para los que no se ha hecho indigno o incapaz el simple desterrado, hasta el punto de que desde 1870 ninguna se le asigna, según pasamos a ver. De la misma manera que “el preso no puede votar: el desterrado, sería escandaloso que votase. Esta suspensión, pues, aparece tan natural como necesaria”¹⁶³, por eso pone el Código comentado por Pacheco el destierro entre la serie de penas menores que

[...] llevan consigo la de suspensión de todo cargo y derecho político del penado durante el tiempo de la condena¹⁶⁴.

Esto, recibido por el Proyecto *Gómez de la Serna*¹⁶⁵ (y sometido por

161 VALDÉS, *Diccionario...*, p. 378.

162 CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. II, p. 121.

163 PACHECO, *El Código...*, p. 370. Ello, en evitación de *mal ejemplo* (VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 174).

164 Art. 58 CP 1848 y CP 1850. La suspensión, funcionando como principal, es también pena correccional (art. 24 CP 1848 y CP 1850).

165 Art. 58 PRCP 1869.

los carlistas a la consabida depuración terminológico-ideológica, borrando los *derechos políticos*¹⁶⁶), desaparecía con el Código de 1870, permaneciendo en lo futuro el destierro, dentro de este tronco de la Codificación penal, horro de cualquier recargo accesorio de punición¹⁶⁷. Otra cosa son los textos extraños a tal familia, como el Proyecto de 1882, en cuyo seno,

Las penas de [...] destierro [...] llevarán consigo la de inhabilitacion para cargo público y derecho de sufragio y de elegibilidad durante la condena¹⁶⁸.

La opción silveliana es prácticamente esta misma¹⁶⁹ y, con cercanía a su ánimo, aunque descontando contenidos de participación democrática a todas luces sobrantes en el Protectorado, lo precavido por su específico Código es que las penas de

[...] destierro tendrán como accesoría la de inhabilitación especial para ejercer cargo público¹⁷⁰.

En el texto de *lege ferenda* auspiciado por el ministro Montilla, rehabilitando todavía la vieja pauta,

La pena de destierro llevará consigo como accesoría la de inhabilitación especial para cargo público y derechos de sufragio y elegibilidad durante la condena¹⁷¹.

Por supuesto, quedan al margen de estas observaciones los Códigos penales militares, que ya queda visto, al analizar el confinamiento, cómo introducían especialidades en la penalidad accesoría de los condenados por el Código Penal del fuero común. Por lo que respecta a los oficiales de la Marina,

La de destierro la cumplirá el penado en conformidad á la sentencia en el punto

166 Art. 54 CPC 1875: “[...] llevan consigo la de suspension de todo cargo del penado durante el tiempo de la condena”.

167 Así, en CP 1932, CPTR 1944, CPTR 1963 Y CPTR 1973, incluso en PCP 1939.

168 Art. 58, párr. 1º, PCP 1882.

169 Art. 56, párr. 2º, PCP 1884: “La pena de destierro llevará consigo, como accesoría, la de inhabilitacion especial para cargo público y derechos de sufragio y elegibilidad durante la condena”.

170 Art. 43 CPPM 1914.

171 Art. 56, párr. 2º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 572; intégrese con su art. 61 (*ibidem*, p. 573).

que se le designe, con la mitad del sueldo natural correspondiente á su clase en actividad, y no le será de abono para el servicio el tiempo que dure la condena¹⁷².

En cuanto a los oficiales castrenses,

La de destierro la cumplirá el penado, conforme á la sentencia, en el punto que se le designe, en situación de cuartel ó de reemplazo, según su clase, no siéndole de abono para el servicio ni antigüedad el tiempo que dure la condena¹⁷³.

Y los individuos de marinería y tropa serán trasladados a cuerpos disciplinarios para cumplir en ellos la pena durante el tiempo de servicio que les quede pendiente, extinguiendo lo restante de la pena, cuando su duración excediere de aquél, en la forma ordinaria¹⁷⁴. Otra vez ante al ordenamiento general, de estirpe autónoma con relación a la tradición codificada es el Código de 1928, cuyo examen requiere apercibir con alguna antelación de que el destierro, igual que el confinamiento, puede ir desde los dos meses y un día hasta los treinta años, longuísimo período¹⁷⁵ que a estos efectos viene a dividirse en un par de tramos: primero, el fallo ejecutivo

[...] que no exceda de seis años, sólo producirá la suspensión de cargo o empleo público y del derecho de sufragio activo y pasivo¹⁷⁶.

En segundo lugar, y con gravoso incremento, aquellas sentencias que condenen

[...] por más de seis años, producirán la pérdida de cargo o empleo público que tuviere el condenado, y la privación durante la condena de adquirir otro análogo y de ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo¹⁷⁷.

La situación retorna en 1932 a la existente bajo el Código de 1870: el destierro escapa de cualquier penalidad accesoria; sólo sobresale la excentricidad de que hace gala, en 1938, el texto penal planteado en la España

172 Art. 62, párr. 8º, CPMG 1888.

173 Art. 201, párr. 4º, CJM 1890.

174 Art. 63, párr. 4º, CPMG 1888 y 202, párr. 3º, CJM 1890.

175 Art. 108, párr. 4º, CP 1928. No obstante, váyase al 856, últ. párr., CP 1928; y cfr. nota IV/694.

176 Arts. 120, párr. 2º, CP 1928 y 125, párr. 2º, PCP 1927.

177 Arts. 120, párr. 1º, CP 1928 y 125, párr. 2º, PCP 1927.

sublevada, sobrecargando el destierro con una desmesurada inhabilitación absoluta¹⁷⁸ que históricamente nunca ha llevado consigo. Y ya he hecho constar la exclusión temporal para el servicio militar en que quedaba convertido el destierro conforme a la Ley General del ramo de 1968¹⁷⁹, derogada en 1991. Tenemos, pues, una primera fase, hasta 1870, en que el destierro lleva aparejada una suspensión de derechos, en tanto que a partir de esta fecha, con la promulgación del nuevo Código, queda esta pena horra de recarga accesoria, situación en la que desaparecerá del ordenamiento en 1995. Como excepciones dentro de este esquema se cuentan el Código de 1928, que sólo anexa la suspensión a los destierros *menos graves*, en tanto reserva una pérdida de derechos para los *graves*, y algunos proyectos de Código (*Alonso Martínez, Silvela, Montilla*) que dan en agravar la accesión punitiva acompañando el castigo de referencia con inhabilitación.

C] Circunstancias modificativas de la punibilidad

En primer lugar, debemos recuperar la exención para el menor de edad de diecisiete años de un destierro que –ya se dijo–, permaneciendo sin un complemento gramatical, parece englobar tanto el destierro del reino como éste que veda nada más que un pueblo o distrito determinados: quizá no tenga mucho fundamento que así sea, pero esto es lo que en definitiva reza la ley.

En ningún caso se podrá imponer [...] destierro al que, cuando cometió el delito fuere menor de diez y siete años cumplidos¹⁸⁰.

Pero luego de tan neta declaración –*en ningún caso*–, resulta haber excepciones a ella, en cuya virtud recibirá

178 Art. 43 AFCP 1938.

179 Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, p. 917.

180 Art. 64 CP 1822, derivado del 66 PCP 1821, con diversa redacción –producto de las “Variaciones...”, p. 553–. A Martínez de la Rosa le parece “[...] que esta ley está extendida con demasiada benignidad e indulgencia, y que no guarda la relación debida con el clima de la Nación, ni con el estado de sus costumbres, ni con su situación política, que ahora menos que nunca debe desentenderse”, y, más en concreto, le desconcierta “[...] que á los menores de 17 años por ningún delito que cometan se les pueda imponer pena [...] ni aun de simple destierro” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 89, ses. 22-XII-1821, p. 1414).

El menor de diez y siete años, en el caso de incurrir con discernimiento y malicia en delito de [...] destierro de lugar determinado, uno á tres años en casa de corrección [...]»¹⁸¹.

Como institución individualizadora se cuenta la de las *penas paralelas*, que en teoría lo serán en un doble sentido: por su duración semejante en general y como ofrecidas disyuntivamente al juzgador, quien debería servirse de ellas –discierne Antón Oneca– *según los móviles más o menos deshonorosos con que se ha cometido el delito*¹⁸². Pues bien, el destierro marchaba junto al arresto en un par de artículos y supuestos del Código bajo tal correlación: en las lesiones menos graves¹⁸³, ya desde 1848, y en las injurias graves hechas por escrito y con publicidad¹⁸⁴, procediéndose en la elección de la pena *según el prudente arbitrio de los tribunales*: “el destierro parece tener una significación menos deshonorosa que el arresto mayor, si bien en caso de aplicación de la condena condicional puede resultarle al reo más favorable la pena suspendida. Pero no indica nuestra ley que el juez deba atender a los móviles con que se ha realizado el hecho ni a ninguna otra circunstancia individualizadora”¹⁸⁵ –glosa el mismo penalista–.

5. Duración

En el Derecho penal del Antiguo Régimen las posibilidades durativas de esta pena fueron de lo más plurales: “el tiempo de destierro adjudicado al condenado estaba en relación con la gravedad de la falta que hubiera cometido. El espectro temporal del destierro se encontraba acotado tanto por abajo como por arriba, así, la pena mínima era de un mes y la máxima a perpetuidad”¹⁸⁶, por debajo de la cual solía correrse de uno a diez años¹⁸⁷, calculando alrededor

181 Art. 65 CP 1822 (el 67, párr. 4º, PCP 1821).

182 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 584.

183 Art. 336, párr. 1º, CP 1848; art. 345, párr. 1º, CP 1850; art. 433, párr. 1º, CP 1870; art. 425, párr. 1º, CP 1932; art. 422, párr. 1º, CPTR 1944.

184 Art. 459, párr. 1º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

185 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 584.

186 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 36; ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 128, 130.

187 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 129, entrando luego el investigador, *ibidem*, pp. 131-133, a exponer la sugestiva partición jurisprudencial de la modalidad temporal de destierro en la mitad *preciso* y la mitad *voluntario* (véase LA PRADILLA, *Suma...*, f. 76r).

de los seis meses o el año la divisoria entre delitos menores como injurias o hurtos y otros más graves como los homicidios¹⁸⁸; sin embargo, debe agregarse un destierro de duración indeterminada, a voluntad del concejo o del rey¹⁸⁹, como deberán admitirse, por documentadas, excepciones a aquella acotación inferior¹⁹⁰. El tiempo de previa prisión, si había sido dilatado y el juzgador no disponía lo contrario, se computaba para el destierro¹⁹¹. Ya en curso su desarrollo, podía interrumpirse el destierro ilícita, pero también lícitamente¹⁹²; y, llegado el término impuesto, la autorización del retorno no se producía de manera automática, sino que requería previa licencia emitida por las autoridades¹⁹³.

El Código Penal de 1822 utiliza el destierro dándole una extensión alternativa: demarcado en el tiempo o no, sin que se establezca un límite al que deba ajustarse la imposición temporal¹⁹⁴. No obstante, siempre que la condena efectiva supere el límite mínimo de duración establecido, el reo tendrá a su disposición la rebaja por arrepentimiento y enmienda, abierta con amplitud a todo *condenado á pena corporal ó no corporal de un número determinado de años que pase de dos*, con el beneficio de, “despues que sufra la mitad del de su condena, obtener una rebaja de la cuarta parte á la tercera parte de todo el tiempo que se le hubiere impuesto”¹⁹⁵, conforme al desenvolvimiento ya examinado con anterioridad. Una directriz más de 1822, obrante entre aquellas que tratan *del modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas*, al no abandonar la esfera del destierro, incide únicamente sobre su duración, más que sobre una aplicación invariada: “en los casos en que la ley imponga una parte de la pena señalada á otro delito se graduarán estas partes por lo relativo á penas que no consistan en tiempo determinado, según las reglas siguientes”, entre las cuales “[...] se tendrá por equivalente [...] la de destierro

188 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 36-37; véase ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 128 y ss.

189 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 33, 36.

190 V. gr., BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 39; CABRERA, “Crimen...”, p. 32.

191 Véase VILANOVA Y MAÑES, *Materia...*, t. II, p. 104.

192 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 40-42.

193 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 42.

194 Arts. 73 CP 1822 y 76 PCP 1821 (para la modalidad temporal habrá que tener presentes los respectivos arts. 98 y 100 –con las “Reformas...” , p. 1801, de la comisión–).

195 Art. 73 CP 1822 y art. 76 PCP 1821.

perpetuo de lugar determinado á treinta años de igual destierro”¹⁹⁶. Pasamos a todo un cuarto de siglo de infructuosas probaturas: en 1830 y 1834, corregible en el tercio de su duración dejado al prudente albedrío judicial¹⁹⁷,

La pena de destierro [...] no podrá pasar de veinte años¹⁹⁸.

Y otra vez, la inadvertencia por Sainz de Andino de alguna alusión al alcance temporal que cabe conceder a esta pena¹⁹⁹ parece abonar su concepción de un destierro que pueda ir desde el escarmiento poco más que momentáneo o de emergencia hasta el vitalicio, mas recordemos con Ortego Gil, cómo cuando se “[...] condenaba al destierro, sin ninguna mención numérica, se interpretaba que era perpetuo”²⁰⁰. Muy distinto se nos aparece el criterio seguido por el Proyecto de 1845, en cuya letra el destierro pierde esa latitud temporal pareja al confinamiento que tuvo en el Proyecto anterior y queda como correctivo relativamente breve:

Su duración no bajará de 6 meses ni excederá de 3 años²⁰¹.

Poco varían los términos en el Código de 1848, que sube a los siete meses por lo menos y mantiene los tres años por lo más²⁰². Sí se abren mayores las diferencias en 1869 y 1870: “[...] de seis meses y un día á seis años”²⁰³, lo que “[...] no empezará á contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado á cumplir la condena”²⁰⁴, pauta que, con mínimas salvedades o rarezas, ya se respetará en adelante²⁰⁵, incluso por Silvela en su renovadora pro-

196 Art. 104 CP 1822 o 107 PCP 1921.

197 Art. 73 PCC 1830, remodelado en el art. 97 PCC 1834 (cfr. nota VII/198).

198 Art. 68 PCC 1830 y 90 PCC 1834.

199 Pero recupérense ahora las reglas vistas para la confinación que abonaban al destierro genérico la prisión preventiva (art. 223 PCC 1831) y al destierro accesorio a una multa el tiempo pasado por insolvencia en una casa de corrección (art. 95 PCC 1831). Por lo demás, en los arts. 168 a 224 PCC 1831 se resuelve *la graduación de las penas indeterminadas en tiempo o en cantidad*.

200 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 123.

201 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 578 (art. 82, párr. 2º). En tanto, el término confinatorio podía alcanzar los diez años (*ibidem*, p. 577 [art. 72, párr. 3º]).

202 Art. 26, párr. 5º, CP 1848 y CP 1850; art. 25, párr. 5º, CPC 1875.

203 Arts. 26, párr. 5º, PRCP 1869 y 29, párr. 5º, CP 1870.

204 Art. 31, párr. 3º, CP 1870.

205 Arts. 27, párr. 5º, y 29, párr. 3º, CPCPR 1879, arts. 29, párr. 5º, y 31, párr.

puesta²⁰⁶. Presuponiendo el preceptivo aviso por el tribunal a la autoridad del lugar vedado²⁰⁷, ese empezar a cumplirse la condena ocurre cuando el sujeto se pone y queda a disposición de la autoridad competente para someterse a la pena, conforme hará expresa consignación el código de 1928; de momento, es criterio jurisprudencial que el reo debe haberse *presentado á la Autoridad gubernativa del punto elegido por él para cumplirla*, antes de lo cual, “no puede considerarse quebrantada una condena que legalmente no habia empezado á cumplirse”²⁰⁸. Téngase presente que desde 1853 a los condenados a penas correccionales, como el destierro lo es, se les abona para el cumplimiento la mitad del tiempo que, en su caso, hubiesen permanecido presos²⁰⁹.

Aun permaneciendo invariado el segmento durativo del destierro que proyectan los Silvela, sí se le puede rastrear alguna especialidad temporal en este su articulado y en el hispano-marroquí de 1914: en los casos antevistos del indultado y del amenazador: para el primero, *por el tiempo que, a no mediar el indulto, debería durar la condena*²¹⁰; para el segundo, *durante el tiempo que el tribunal fije á su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años*²¹¹. Entre las aludidas salvedades a la uniforme trayectoria, se cuenta el destierro del Proyecto de 1882, de un mes a seis años²¹². E igual que el resto de las privativas de libertad para Saldaña, esta pena puede ir *de un día a veinte años*, como duración determinada²¹³, sin que en su articulado

3º, PRCP 1880; arts. 28, párr. 5º, y 30, párr. 3º, CPF 1884; arts. 30, párr. 5º, y 32, párr. 3º, CP 1932 (cfr. LBCP 1932, b. 6ª), CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973. Incluso el art. 88, párr. 4º, PCP 1902, en BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría...*, p. 542, lo deja así tras haber reformado el tratamiento de las otras restricciones de libertad (véase NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 542-543). El art. 113 CP 1928 va a ocuparse de ello.

206 Art. 44 PCP 1884. Igualmente, art. 35, párr. 8º, CPPM 1914.

207 Art. 9º RDCSJ 1855.

208 PANTOJA, *Repertorio...*, pp. 243-244, recogiendo dos sentencias de 1873, de 9 de julio y 16 de diciembre, en casación. Remarca asimismo estos criterios NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 543, sobre sendas sentencias: la segunda de las anteriores y otra de 12 de diciembre de 1878.

209 “Real decreto, mandando que á los reos que en lo sucesivo fueren sentenciados á penas correccionales, se les abone para el cumplimiento de sus condenas la mitad del tiempo que hubiesen permanecido presos”, de 9 de octubre de 1853, en *CLE* 50, disp. 725, pp. 232-234. Véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 367.

210 Art. 124, párr. 2º, PCP 1884; art. 91, párr. 2º, CPPM 1914.

211 Art. 70, párr. 4º, PCP 1884; art. 52, párr. 4º, CPPM 1914.

212 Art. 40, párr. 4º, PCP 1882; y repátese el art. 44, párr. 3º.

213 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 104-105 (art. 58 ACP 1920).

reformista aparezca un destierro indeterminado que sólo cabría remitir a su teorización general del principio de indeterminación penal²¹⁴. Bajo el Código de 1928, podrá correr el destierro *de dos meses y un día a treinta años*²¹⁵, según atrás hubo de anticiparse:

La duración [...] se contará desde que el condenado [...] se presente a la Autoridad superior gubernativa de la localidad [...] en que fije su residencia [...]»²¹⁶.

Como medida de seguridad, en 1928, la *prohibición de residencia en el lugar de comisión del delito o de residencia de la víctima y familia* protegerá a éstas *dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale según las circunstancias del caso*²¹⁷. No se fijan límites enunciativamente, pero con la lectura del precepto que precave su quebrantamiento se confirma que podrá la prohibición de residencia llegar a imponerse como perpetua²¹⁸. En tanto, la especie de *destierro* en que se resuelve la no prestación de fianza por el sometido a caución, primera de las medidas²¹⁹, se cumplirá “[...] durante el tiempo que el Tribunal fije a su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años”²²⁰. Son las mismas amplitudes abiertas por el resto de figuras análogas al destierro que en atención a la víctima o a la comunidad se han ido dictando desde 1870: por el tiempo que debería durar la condena del indultado²²¹ o los casos de subsidiariedad a la fianza²²²; desde 1944 ese *destierro* o prohibición de volver al lugar será *dentro del período de tiempo*

214 V. gr., SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 121.

215 Arts. 108, párr. 4º, CP 1928 y 112, párr. 4º, PCP 1927.

216 Arts. 113 CP 1928 y 117 PCP 1927.

217 Arts. 106 CP 1928 y 110 PCP 1927.

218 Arts. 510 CP 1928 y 664 PCP 1927. Así lo explicita SAN MARTÍN LOSADA, *Código...*, p. 95.

219 Arts. 90.1ª y 91.1º CP 1928; arts. 93.1ª y 94.1º PCP 1927.

220 Arts. 129, párr. 4º, CP 1928 (“Si el culpable no presta la fianza dentro del plazo que se le señale, no podrá vivir, durante el tiempo que el Tribunal fije á su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años, en el mismo término que el amenazado ú ofendido por el delito ó dentro del radio que el Tribunal establezca”) y, con algunas variantes ahora no significativas, 134, párr. 4º, PCP 1927.

221 Arts. 132.4º, párr. 2º, CP 1870; 118.3º, párr. 2º, PCP 1882; 124, párr. 2º, y 71, últ. párr., PCP 1884; 91, párr. 2º, CPPM 1914; SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 106 (art. 64, párr. 2º, ACP 1920).

222 Art. 70, últ. párr., PCP 1884; art. 52, párr. 4º, CPPM 1914.

que el mismo Tribunal señale²²³: a todas estas analogías del destierro daré apartado propio a fin de considerarlas con extensión. Otro corpus *dictatorial*²²⁴, por fortuna frustrado, fue el de 1938, cuyos destierros podían ir de uno a cinco años²²⁵. En el intermedio, las *dieciséis bases del futuro Código Penal* pretendieron revalorizar aquella duración *de un mes a seis años* propuesta por Alonso Martínez medio siglo atrás²²⁶. En fin, el destierro del Código Penal Militar del año 1985 nació con un recorrido de tres meses y un día a seis años²²⁷. En la Ley de Vagos, existe la *prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe*: “la duración de esta medida será fijada por los Tribunales”²²⁸. Bajo otros presupuestos doctrinales, la Ley de Peligrosidad de 1970 dispone que “la duración de esta medida será fijada con el límite máximo de cinco años”²²⁹.

El Código de 1822 y el Proyecto de Sainz de Andino configuran un destierro temporalmente indefinido en su puesta a disposición del juez o tribunal. Veinte años es su máximo en 1830 y 1834. De seis meses a tres años en 1845, alargándose el mínimo hasta los siete meses en 1848; otra variación en 1870, de seis meses a seis años, queda ya como invariada hasta la desaparición de la pena, siempre con el paréntesis defensivo y riguroso del articulado de 1928 (de dos meses a treinta años). Como medida de seguridad, la prohibición de acceder a un determinado territorio también ha permanecido comedita a plazos en torno al lustro, pero tratándose de las medidas cautelares en pro o en resguardo de la víctima se ha tendido a la indefinición que deja al juzgador el sopesaje de las circunstancias que hayan de determinar el mantenimiento del medio precautorio.

223 Arts. 67 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

224 Véase LANDROVE DÍAZ, *Introducción...* [1988], pp. 65, 67.

225 Art. 30, párr. 4º, AFCP 1938.

226 “Las dieciséis Bases...”, b. 9ª.

227 Art. 26 CPM 1985.

228 LVM 1933, art. 4º.6ª, párr. 2º (el art. 4º.6ª también en el segundo Proyecto LVM 1933). Digamos que “[...] cuando se quebrantare la prohibición de residir en determinado lugar o territorio, o se hiciera falsa declaración de domicilio”, como contenido de la medida, “[...] el Tribunal la revisará y podrá sustituirla por la de internamiento en cualquiera de sus modalidades”, no computándose el tiempo transcurrido en la restricción de movimientos para la duración de la medida transformada (art. 17, párrs. 12º y 13º, LVM 1933); su prescripción se produce a los tres años (art. 19.c LVM 1933).

229 LPRS 1970, art. 5.10, párr. 1º.

6. Reglas de ejecución de la pena

A] El orden en la ejecución

Primeramente, comenzaré, como ante las otras penas, por la más temprana decisión que cabe tomar cuando proceda un destierro judicialmente impuesto: el caso de que concurran con él distintos castigos y la prelación anticipada en orden a solventar tal conflicto. Se trata de un problema que en 1822 se resuelve, conforme a lo ya expuesto, acumulando el destierro con cualquiera de las penas de por vida o difiriendo su ejecución hasta el cumplimiento de las penas de obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto: si el reo ha de ser sentenciado por dos o más delitos, dejará de aplicársele el destierro cuando mereciere también la muerte, los trabajos a perpetuidad o la deportación, pero sí lo sufrirá cuando las otras penas fueren obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto, aunque con posterioridad a la ejecución de éstas²³⁰. Recogerá el conflicto Sainz de Andino para resolverlo así:

La pena de destierro [...] se acumulará con cualquiera otra clase de pena corporal más grave, en que por delito diferente haya el delincuente incurrido, para que después de ejecutada aquélla y conmutándose el tiempo de la duración en el que se haya impuesto el destierro, cumpla el reo la que falte hasta completar éste²³¹.

Los codificadores de 1848, haciendo máxima o principio de la preferencia por el cumplimiento simultáneo o, supletoriamente, sucesivo de mayor a menor gravedad, corrígenla sutilizando que “[...] excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena [...]”²³². Tras el ensayo de 1869, farragoso, pero con el destierro como pena ejecutable después de las demás de libertad²³³, el nuevo Código, al detallar la gravedad de las penas para su cumplimiento sucesivo conforme a ese orden y criterio cuando no se halle expedita la sincronía, lleva el destierro de nuevo a la postrera posición en la

230 Arts. 113 y 114 CP 1822, arts. 115 y 116 PCP 1821. Y esto supone plegarse a la tradición en lo no afectado por la novedad de las penas auténticamente perpetuas, (véase ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 155-156).

231 Art. 143.1º PCC 1831.

232 Art. 76, párr. 2º, CP 1848 y CP 1850; art. 72, párr. 2º, CPC 1875.

233 Art. 76 PRCP 1869.

tabla que implementa y que tendrá duradera continuidad²³⁴. Si nos fijamos en otros sistemas penológicos, cual es el del Proyecto de 1882, el destierro es la última pena en el orden sucesivo²³⁵; con igual prioridad, quiere el Código hispano-marroquino que primero hayan de ejecutarse las privativas de libertad, después las restrictivas y, a lo último, las privativas de derechos en concurso no solucionable por la regla de la simultaneidad²³⁶; también en la escala ordenada en 1928 al cumplimiento consecutivo por improcedencia del simultáneo que se prefiere, el destierro figura como última pena en ser ejecutada²³⁷, o sea que en este punto no se fraguó ruptura con el inveterado sistema penal procedente de 1848, que, de todos modos, se recupera tal cual en 1932 para lo venidero²³⁸. Y así, en alivio de su tendencial esquividad, para el Anteproyecto de 1938 seguía siendo postrera pena el destierro en la escala de referencia, luego del mismo confinamiento siempre²³⁹.

B] Actos ejecutivos materiales

Si bien no sujeto a reglas fijas, he aquí, durante la Edad Moderna, el discurrir ejecutivo del destierro: pronunciamiento de la sentencia, plazo para arreglar sus cosas el condenado, elegir destino y disponer la marcha (“el número de días que se concedían iba de tres a veinte [...]; siendo seis o nueve los que con mayor frecuencia se concedieron”²⁴⁰, aunque “[...] hubo ocasiones en que la Sala del Crimen dio un plazo taxativo de veinticuatro horas para salir al destierro”²⁴¹ o incluso procedió a su *ejecución inmediata* en ociosos o rameras ajenos a la comunidad²⁴²), y autoejecución, mas ésta podía venir entibada por dos aditamentos: una fe notarial del inicio del cumplimiento

234 Art. 89.1^a, párr. 2^o, CP 1870. Y arts. 87.1^a CPCPR 1879 y PRCP 1880, art. 88.1^a CPF 1884, art. 74.1^a CP 1932, arts. 70.1^a CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

235 Art. 93, párr. 2^o, PCP 1882.

236 Art. 55.2^a CPPM 1914.

237 Arts. 163 CP 1928 y 171 PCP 1927 (pero éste no apreciaba necesario consignar aperturalmente la pena capital).

238 Art. 74.1^a CP 1932; art. 83.1^o PCP 1939; arts. 70.1^a CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

239 Art. 65.1^o AFCP 1938.

240 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 38.

241 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 125.

242 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, p. 39 (y cotejese *ibidem*, con p. 33).

con la que los reos podían ponerse a resguardo de futuros problemas con las autoridades; o, en aras de la prevención general o catequesis de la pena, una suerte de *escenificación de la vindicta pública* a base del arrojamiento automático de la villa, con aplicación de azotes o mutilación a tenor de la transcendencia conductual²⁴³. Sirva ello a guisa de introducción con miras a bosquejar el desenvolvimiento ejecutivo del destierro en la era de la Codificación.

Ya tenemos el destierro en trance de ser cumplido, ora como pena única, ora por su orden cuando concurra con otras; sepamos algo de la concreta puesta en escena. Su régimen dentro del ordenamiento penal de 1822 estriba en que el reo de destierro *será conducido* fuera del pueblo o distrito determinado en la sentencia²⁴⁴ (lo cual no colisiona con el que es su registro más habitual: la autoejecución de la pena). La totalidad de los articulados que le suceden o lo procuran ni aun esto describen y, de cualquier manera, dicha *conducción* nada tiene que ver con la del confinado o el extrañado: aquí se trata tan sólo de sacar al desterrado del punto que le queda vedado en virtud de la condena. Los dos Proyectos afines, de 1830 y de 1834, procuraron reglar con eficacia esta materia; si el segundo se remitió a la Ordenanza General de Presidios respecto de los reos que se habían de deportar o confinar²⁴⁵, no pudo conducirse igual en relación con los desterrados, cuya conducción había dejado aquella norma fuera de su ámbito regulador; por consiguiente, repitió las disposiciones de su modelo:

Los condenados a destierro recibirán sus pasaportes que les dará o proporcionará el Juez encargado de su ejecución, para el punto que el desterrado elija fuera de la demarcación²⁴⁶.

En el pasaporte se señalará la ruta o término para hacerla: se presentará al Juez local del punto en que se fije; y recogido por éste, le dará los que pida por cierto tiempo para cualquier punto que no esté dentro del radio de que ha sido desterrado²⁴⁷.

243 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 38-39; ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, pp. 123-125.

244 Art. 73 CP 1822 (art. 76 PCP 1821).

245 Vuélvase al art. 795 PCC 1834. Nonato el Proyecto, la ordenanza quedaba de todas maneras, a partir de su publicación, regente en esta materia de traslados, con habilitación de Código o sin ella.

246 Arts. 734 PCC 1830 y 797 PCC 1834.

247 Arts. 735 PCC 1830 y 798 PCC 1834.

El Juez que dé el pasaporte para el destierro, avisará por el correo al del pueblo designado, y el de éste lo hará de su presentación²⁴⁸.

Las especialidades que incorpora el real decreto de 1855 relativo al cumplimiento de las condenas, más allá de la regla general de la constancia en autos de cuantas diligencias ejecutivas se practicaren²⁴⁹, consisten en que

Los sentenciados á destierro saldrán del radio que señale la sentencia ejecutoria á los tres días de habérseles notificado, y se pasará testimonio de la condena al gobernador de la provincia para que lo ponga en conocimiento de las autoridades administrativas del punto ó puntos en que se les prohíbe la entrada, las que deberán dar parte á la judicial competente en caso de quebrantamiento de dicha condena²⁵⁰.

De esta pena vuelve a ocuparse la expresada norma al regular que la autoridad política encargada de la vigilancia o la judicial que la hubiere impuesto sean el conducto apropiado para cursar peticiones de indulto o de rebaja del tiempo de destierro²⁵¹; o asimismo al reglamentar su accesoria, la suspensión de cargos o derechos políticos, con contenido ya estudiado²⁵². No es mucha la atención normativa recibida por el destierro, de tan evidente como parece su puesta en práctica y de tan elementales como son las diligencias que la autoridad debe adoptar en orden a precaver la frustración del castigo, pero en la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1872,

Cuando fuere de destierro la pena impuesta, el Tribunal dará inmediatamente el oportuno aviso á la Autoridad gubernativa del lugar de que deba alejarse el reo, para que no le permita su residencia en él ni en el rádio que se le haya señalado²⁵³.

Sin embargo, la pauta quizá más interesante sea la que proviene de la jurisprudencia, con la ya referida obligación para el desterrado de presentarse a la autoridad del lugar que escoja como residencia durante el destierro, quedando a su disposición, pero además marcando con ello el comienzo del

248 Arts. 736 PCC 1830 y 799 PCC 1834.

249 RDCSJ 1855, art. 13.

250 RDCSJ 1855, art. 9º; PANTOJA, *Repertorio...*, p. 244, señala jurisprudencia al respecto (S. 16-XII-1873). Véase, mediado el siglo XX y en vigor el Código del 44, PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 327.

251 Art. 22.5º, párr 2º, RDCSJ 1855.

252 Arts. 58 CP 1850 y 11 RDCSJ 1855.

253 Art. 913, párr. 2º, LPEC 1872.

cumplimiento y la posibilidad de quebrantar –antes no–²⁵⁴; luego, se entiende que una vigilancia sobre el desterrado por parte de dicha autoridad acaba de ponerse en marcha... No ha sido ajena esta pena a los avances de la técnica, que han podido facilitar tanto las labores de control como las posibles vulneraciones del sujeto: promulgado el Código de 1995 y con la tecnología en pujante desarrollo, aún pudo lamentar la doctrina que las subsistentes “[...] restricciones a la libertad ambulatoria del sujeto plantean serios problemas prácticos de control por parte de la Administración de Justicia. La parquedad del precepto obligará a un futuro desarrollo reglamentario. Hasta entonces es previsible que seguirá subsistiendo una marcada inseguridad jurídica en la materia”²⁵⁵.

7. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos

“A esta pena acompaña regularmente la conminación de presidio si se quebranta por el penado”²⁵⁶ –leemos a Álvarez Posadilla–: la llamada *cláusula de quebrantamiento*, escoltando al destierro, tiene larga ascendencia en los diversos campos del Derecho histórico español, aun dejando en cuarentena su eficacia, según hace Tomás y Valiente²⁵⁷; sin embargo, sí que documenta Bazán Díaz progresivas agravaciones hasta abocar a veces en la muerte para el multiquebrantador²⁵⁸. Ciertamente, es éste un aspecto casi nuclear de este castigo por quedar el reo en libertad y, por ende, en disposición de quebrantar en todo momento de la ejecución. La reacción del ordenamiento será esa exageración de la acción represiva que detecta Navarro de Palencia para todo este conjunto penológico²⁵⁹. Sin embargo, parece ser que

La jurisprudencia ha sido benévola con los quebrantamientos de los desterrados. Posiblemente ha tenido en cuenta el tremendo impulso que lleva a la persona simplemente

254 Cfr. notas VIII/158 y VIII/208.

255 IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, p. 396.

256 ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, t. III, p. 36.

257 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 393, 395-396.

258 BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 40-42. Véase PEDRO ORTEGO GIL, “Arbitrio judicial y cláusula de quebrantamiento de pena”, *Initium* 15 (2010), pp. 271-314; *id.*, “Los ámbitos...”, pp. 137-140.

259 NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 533-534.

a ver “lo suyo”. En ocasiones ha aceptado plenamente una especie de estado de necesidad o de obediencia debida²⁶⁰.

Proyecto y Código del Trienio vuelven a divergir, como lo hicieron en el confinamiento, al enfrentarse a la recaída delictiva del desterrado, pero ahora permanecen conformes en cuanto a las consecuencias del quebrantamiento; éste es el precepto de la comisión:

[...] Si volviere á entrar en el distrito prohibido antes de cumplir el tiempo de su condena, se le impondrá una reclusion de seis meses á dos años, la cual se podrá aumentar hasta un año más si no diere el reo fianza de su buena conducta. Si cometiere otro delito dentro del recinto que le esté prohibido, se le impondrá además el máximo de la pena señalada al nuevo delito, la cual se podrá aumentar hasta una cuarta parte más, y en todo caso cumplirá despues su destierro²⁶¹.

La polémica surgió en torno a si había de pensarse con mayor severidad al desterrado que al confinado quebrantadores, pues mientras éste tan sólo se evade del distrito frustrando la condena a permanecer en él, aquél “[...] quebranta su destierro, y entra en el sitio que le es prohibido. En este reo hay dos actos criminales, uno la infracción de la ley, que le manda cumplir la sentencia, y otro el de causar el escándalo ó riesgo que trató de evitar la ley, presentándose otra vez en el sitio determinado de donde se le desterró con prohibición de volver á él”²⁶², respondía Calatrava en nombre de la comisión. La definitiva redacción, a través de las “Adiciones...” forjadas a raíz de los debates²⁶³, no varía los efectos más que lenitivamente por lo que hace a la reincidencia (igual que se había hecho con el confinamiento):

[...] Si dentro del recinto que le esté prohibido cometiere otro delito que no sea de reincidencia, se le impondrá además el máximo de la pena señalada al nuevo delito, la cual se podrá aumentar hasta una sexta parte mas, y en todo caso cumplirá despues su destierro; pero si hubiere reincidencia se observará lo prescrito en el capítulo quinto de este título²⁶⁴.

260 PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 329 (y cita un fallo de 12 de diciembre de 1878). Véase, a este respecto, pero en la ordenación del Antiguo Régimen, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, p. 470.

261 Art. 76 PCP 1821.

262 DSC 1821-1822, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1454.

263 DSC 1821-1822, t. III, nº 111, ses. 14-I-1822, p. 1802.

264 Art. 73 CP 1822. La primera parte del precepto, sólo gramaticalmente re-

En orden a la reincidencia vinculada al destierro se fija allí que

La reincidencia por primera vez será castigada con el doble de la pena que esté señalada por la ley al delito, siempre que sea [...] de [...] destierro temporal [...]. La reincidencia por segunda vez será castigada con pena cuádrupla en iguales casos. Por lo tocante á los delitos de pena diferente ó mas grave, se observará en una y otra reincidencia la escala siguiente:

Y lo que tal escala ordena, para el destierro perpetuo de lugar determinado, es un *destierro igual con un año de reclusion* en la primera reincidencia y un *destierro igual con tres años de reclusion* en la reincidencia por segunda vez²⁶⁵, en punto que vuelve a hacer gala del casuismo reprochado a esta primicia de la Codificación española²⁶⁶. Prohibida en los Proyectos ulteriores un área radial que ya se cuantifica, ¿cómo se intimaba al desterrado a respetar su contorno?: bajo otros principios político-criminales que los del antecedente Código de 1822, recuérdese que en 1830 y 1834 accede a los articulados una prevención general del quebrantamiento y la reincidencia, sin soluciones particularizadas para cada modalidad penal, pretendiendo operar en materia de reincidencia mediante pautas comunes alusivas a los tipos, sin recurrir a las penas como módulos de medición²⁶⁷. La amenaza legal que en 1831 había de pender sobre el desterrado infractor estribaba en que

A los que volvieren al pueblo o comarca de donde hubieren sido desterrados, se les confinará a punto determinado donde cumplan la pena de destierro, sin tenerles cuenta del tiempo que hubiere transcurrido de éste cuando lo quebrantaren²⁶⁸.

tocada, había quedado así: “Si volviere á entrar en el distrito prohibido antes de cumplir el tiempo de su condena, se le impondrá una reclusion de seis meses á dos años, la cual se podrá aumentar hasta un año mas, si no diere el reo fianza de su buena conducta”. Váyase a *DSC 1821-1822*, t. II, n^o 91, ses. 24-XII-1821, p. 1454.

265 Art. 119 CP 1822 (121 PCP 1821). Los judicialmente condenados incurrir en esta reincidencia cuando dentro de los seis “[...] años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena, ú obtenido indulto particular por aquella culpa ó delito, cometan otra ú otro que esté comprendido en el mismo título de este código que el primer delito ó la primera culpa” (arts. 116 y 117 CP 1822, consecuentes a 118 y 119 PCP 1821).

266 V. gr., ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 73.

267 Arts. 38, 39 y 45 PCC 1830; correspondientes con 33, 34 y 62, más el 40, en PCC 1834. Cfr. notas IV/807 a IV/812.

268 Art. 1154 PCC 1831.

Pasando adelante en su carrera delictiva,

A la pena de destierro de provincia, distrito o lugar determinado, aplicada en el primer delito, se sustituirá en el segundo la de confinación en las islas adyacentes del Océano o Mediterráneo²⁶⁹.

Todavía más allá,

[...] la segunda reincidencia se castigará doblando el tiempo de la pena impuesta por la primera, sin variar su calidad²⁷⁰.

La solución que se les ocurre a los participantes en la redacción de 1845 es transformarle al desterrado incumplidor su pena en un confinamiento, del cual no aclaran si habrá de cubrir la duración prevista para el destierro quebrantado –el máximo es de tres años– o podrá alargarse hasta los diez años fijados como tope al confinamiento:

El desterrado, que entrare en punto que le esté prohibido, sin licencia de la autoridad, sufrirá el confinamiento²⁷¹.

De paso, este precepto nos está enterando de la facultad administrativa de conceder licencia al desterrado para acceder a los terrenos cuya veda constituye la esencia de su condena. La respuesta penal adoptada en 1848 para el quebrantador es básicamente la misma:

El desterrado será condenado á confinamiento por el tiempo del destierro²⁷².

Con lo cual se muestran satisfechos Vizmanos y Álvarez²⁷³, no tanto Pacheco, ya que “si el destierro deja al penado en libertad para que burle su condena, transformándosela en confinamiento, poco será lo que se adelante en el mismo sentido. A nuestro juicio mejor fuera conminarle con algunos meses de arresto, después de los cuales volviera a extinguir lo que le quedase

269 Art. 1134 PCC 1831.

270 Art. 1135 PCC 1831.

271 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622 (véase *ibidem*, ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048).

272 Art. 124.8^a CP 1848 y CP 1850. Coincidente con esta solución lo era el ordenamiento penal romano (MOMMSEN, *El Derecho...*, t. II, pp. 418-419).

273 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 393.

del primitivo castigo. Lo que la ley dispone es, a la vez, más duro y menos eficaz²⁷⁴, aquejado de la *falta de analogía y eficacia* que detectan La Serna y Montalbán²⁷⁵. Cuando durante su condena el puesto en destierro delinca de nuevo, padecerá la consabida regla general que consiste en la pena señalada al nuevo acto comisivo en grado máximo cumplida antes o después de la primitiva según ordene el tribunal²⁷⁶. Atendiendo a Pacheco, proposición de 1869 aceptada por el Código de 1870 es ésta del nuevo reproche punitivo frente a la vulneración del destierro, la privación de libertad:

Los desterrados serán condenados á arresto mayor, cumplido el cual, extinguirán la pena de destierro²⁷⁷.

“Pena sin duda más análoga y eficaz que la de confinamiento por el tiempo del destierro, que les imponía el Código antes de la reforma”²⁷⁸ –celebran ahora La Serna y Montalbán, como atendidos en su antecedente censura–. Ya se vio la encontrada jurisprudencia acerca del quebrantamiento: una sentencia de 1878 lo cifraba, contra toda justicia, en el abandono del punto elegido por el desterrado para vivir; otras anteriores y posteriores no lo reconocía “[...] sino en penetrar en la población ó radio en que se le haya prohibido permanecer”²⁷⁹, tocando al juez con jurisdicción sobre este lugar el conocimiento de la causa que por ello se le forme²⁸⁰. De acuerdo con lo ya asentado, la comisión de algún acto punible tras la sentencia en firme y antes del total cumplimiento comporta que la pena merecida a sus resultas venga impuesta en el grado máximo²⁸¹. El Código promulgado por el pretendiente Carlos para la zona española bajo su dominio copia al pie de la letra lo dispuesto en 1850

274 PACHECO, *El Código...*, p. 490.

275 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 191-192. En idéntico sentido se pronuncia VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 266.

276 Art. 125.4^a CP 1848 y CP 1850.

277 Arts. 124.5^a PRCP 1869 y 129.5^a CP 1870.

278 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1877], t. III, p. 171. Se adhiere a la tasación VIADA Y VILASECA, *Código...*, p. 173.

279 ALEU, *Código...*, p. 117 (más la 124): es acotación jurisprudencial en sentencias de 9 de mayo de 1888 y de 21 de octubre de 1896. En este mismo sentido, PANTOJA, *Repertorio...*, apd. 1^o (1875/1876), pp. 319-320, y SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos...*, t. I, pp. 459-460, aducen otra sentencia en casación de 15 de marzo de 1877.

280 MEDINA/MARAÑÓN, “Código...”, p. 39.

281 Arts. 125, párr. 1^o, PRCP 1869 y 131.1^a CP 1870.

para estos problemas²⁸². Seguidores del corpus legal de 1870 son el Proyecto del ministro Bugallal y los dos Códigos de Ultramar²⁸³. En el texto articulado de Silvela ambas cuestiones reciben tratamiento genérico²⁸⁴, por lo cual bastará con lo anotado para el resto de penas. En las Bases de Código de 1887, el quebrantamiento del destierro deparaba un *aumento de condena que no bajará de quince días, ni excederá de dos años*²⁸⁵. En cuanto al Código español para el Protectorado norteafricano, solamente resuelve mediante directriz de conjunto el redelinquimiento en el curso de la ejecución de la sentencia, disponiendo en cambio con especificidad para el hecho de quebrantarla:

Los sentenciados a [...] destierro sufrirán un recargo en la pena, que fijarán a su prudente arbitrio los Tribunales, los cuales tendrán en cuenta las circunstancias que concurran en el hecho y las del penado.

El plazo de recargo no podrá ser superior a la cuarta parte de la pena impuesta por la sentencia quebrantada, y en ningún caso excederá de dos años²⁸⁶.

Se rige en estas materias el articulado propuesto por Saldaña por lo que él presenta como *reaplicación penal*, ya examinada para las otras penas²⁸⁷. El Código de 1928 trae dos preceptos atingentes a la conculcación del destierro, uno para esta pena propiamente dicha:

El quebrantamiento de la pena de destierro se castigará con la de prisión de dos meses y un día á seis meses, y cumplida ésta el penado continuará extinguiendo la condena primitiva²⁸⁸.

Y el otro es para la medida de prohibición de residencia, cuyo quebrantamiento

[...] será castigado con el confinamiento de seis meses á seis años, si la prohibición fuere perpetua, y con un recargo de la tercera parte de su duración, si fuere temporal²⁸⁹.

282 Arts. 120.8^a y 121.4^o CPC 1875.

283 Arts. 127.5^a y 129.1^a CPCPR 1879 y CPF 1884; arts. 126.5^a y 128.1^a PRCP 1880.

284 Arts. 117, sobre quebrantamiento, 116 y 114, sobre reincidencia en el reo, PCP 1884.

285 PLB 1887, b. 11^a.

286 Art. 473.3^a CPPM 1914.

287 SALDAÑA, "La reforma..." [136], pp. 121 y 124 (art. 107 ACP 1920).

288 Arts. 503 CP 1928 y 657 PCP 1927.

289 Arts. 510 *in fine* CP 1928 y 664 *in fine* PCP 1927.

Como se ha anotado para las otras penas examinadas, la dogmática de la reiteración, la reincidencia e incluso la multirreincidencia puede llegar a obrar, con arreglo a este Código, cuando el que delinca sea un desterrado, sin otras singularidades. Nada estorba, en su peculiaridad, la aplicación a propósito del destierro de la genérica preceptiva reguladora del quebrantamiento de condena en 1932 y en 1944²⁹⁰, estándose a lo ya sabido en relación con otras comisiones delictivas mientras se cumple pena²⁹¹; por lo que hace a la forma cautelar análoga al destierro que pueden acordar los tribunales en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad²⁹², discierne Puig Peña

[...] que si se produce el quebrantamiento de esta situación no deben regir los preceptos sobre el quebrantamiento de condena, ya que aunque la interdicción de residencia del artículo 67 se establezca en la sentencia, sin embargo no se puede olvidar que no se trata de una pena principal ni accesoria. Parece prudente, en estos casos, aplicar la disposición de la Ley de vagos y maleantes sobre el quebrantamiento de las medidas de seguridad; o, en expediente más simplista, aunque más discutido, iniciar la vía penal a través del delito de desobediencia²⁹³.

Del Proyecto del 39 era modelo en ambos temas, quebrantamiento y reiteración, aquel Código de 1932²⁹⁴. Y para el Anteproyecto de Código de 1938, otra vez hay que reenviar a cuanto con alcance general se dijo al entrar en estas materias con atingencia a la relegación²⁹⁵. Dentro del ámbito de las medidas de seguridad, para *vagos y maleantes*, “el quebrantamiento [...] de

290 Arts. 341 y 343, párr. 2º, CP 1932; arts. 334 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

291 Arts. 10.13 y 14 CP 1932, 10.14 y 15 CPTR 1944 y CPTR 1963, art. 10.15 CPTR 1973.

292 Arts. 67 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973 (“Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso”).

293 PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 326. La aludida preceptiva corresponde al art. 17, párrs. 12º y 13º, LVM 1933 y al art. 237 CPTR 1944.

294 Arts. 296 y 297, art. 10.14º PCP 1939.

295 Arts. 315, 316 y 30, párrs. 6º y 4º, AFCP 1938. Art. 10.14º y 15º y art. 60 AFCP 1938.

la prohibición de vivir en un sitio o territorio [...] será castigado con la pena de arresto mayor²⁹⁶.

Los textos de 1831 y 1848 reprimían la invasión del desterrado con su confinamiento (y así saldaba su destierro), pero mayoritariamente se optó por encarcelar al quebrantador para luego proseguir con la ejecución del destierro: en el primer caso la solución es puramente operativa, tendente a llevar de algún modo a efecto la sentencia desobedecida por el reo; en el segundo, la intención es punitiva, de castigo ante el desacato de aquélla. También ante la comisión de un nuevo delito se procede ejecutando, si resulta de aplicación prioritaria, la nueva condena agravada, para retornar a su término al cumplimiento del destierro vulnerado.

8. Prescripción de la pena

“Menor transcendencia práctica que la prescripción de la acción para perseguir el delito tiene la prescripción de la pena; es frecuente que los delitos queden sin persecución, pero muy raro que, una vez sentenciados, queden sin ejecución las penas²⁹⁷ –medita Landrove–; sabemos que, colocado ante tal eventualidad, el legislador del *Trienio constitucional* denegó la segunda clase de prescripción, fiando la resolución de los contados casos problemáticos atendibles a la prerrogativa regia de gracia. Hay, por lo tanto, que comenzar en este punto estudiando el Proyecto de 1830, prolongado en el de 1834, donde se tendrá en cuenta la duración de veinte años máximos para el destierro, alargándose en consecuencia –y en uso de las reglas arriba expuestas– hasta los cuarenta años el lapso prescriptorio²⁹⁸, salvo las especialidades materiales o atentas al delito cometido que se establecen²⁹⁹. En el intermedio texto de 1831, para la prescripción de las condenaciones a destierro de provincia, distrito o población determinada, se sigue el mismo esquema visto cuando el confinamiento: el doble tiempo del que esté prefijado en la sentencia, con un tope mínimo de ocho años³⁰⁰. El régimen de penas metodizado en 1845 de-

296 LVM 1933, art. 8º (el mismo número en el segundo Proyecto LVM 1933).

297 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 142.

298 Arts. 449, 68 y 446 PCC 1830; arts. 544, 90 y 541, primero PCC 1834.

299 Art. 446 PCC 1830 y art. 541 PCC 1834.

300 Art. 1190 PCC 1831. La prescripción de la acción penal se regula por el 1184, párr. 2º.

para al destierro, para prescribir, el mismo plazo que al confinamiento, como correccionales que ambas eran: diez años, circunstancia temporal a la que habrán de sumarse las consabidas circunstancias concurrentes: presencial, adelicuencial y conductual³⁰¹. En el corpus resultante, la prescripción de penas correccionales, como lo es el destierro de 1848³⁰², se produce a los diez años desde la notificación de sentencia, cumplidos los otros requisitos de no perpetración delictiva y permanencia en la Península o sus islas adyacentes³⁰³. Consolidado como *correccional*, sigue valiendo en los articulados de 1869 y 1870 ese mismo plazo de diez años³⁰⁴ que había sido dado al destierro por la legislación antecedente, lo cual tendrá continuación a lo largo de muchos otros textos³⁰⁵. La propuesta codificadora de los hermanos Silvela –y tras ella el Proyecto *Montilla* o la ley marroquina– se conduce con arreglo a lo ya estudiado, prescribiendo el destierro ya impuesto, en consecuencia,

[...] por el trascurso de un período de tiempo doble al de la duracion de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta³⁰⁶.

Recordemos cómo la prescripción en el anteproyecto de Saldaña era no más *condicionada e individualizada*, concedida sólo, en aras de la defensa social, mediante indeclinable juicio³⁰⁷. En la legislación penal del Directorio las reglas de la prescripción del destierro coinciden exactamente con las del confinamiento: la fórmula del Proyecto *Silvela* en el de 1927³⁰⁸, para el Código aprobado reemplazada por plazos diversos según tenga una consideración

301 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 623 (véanse, asimismo, *ibidem*, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 617; y ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048 [arts. 126 y 127]).

302 Art. 24 CP 1848 y CP 1850.

303 Art. 126, párr. 4º, CP 1848 y CP 1850.

304 Art... (sin numerar, en Título VI) PRCP 1869, p. 284, y art. 24; arts. 134 y 26 CP 1870.

305 Arts. 122 y 23 CPC 1875, arts. 132 y 24 CPCPR 1879, arts. 131 y 26 PRCP 1880, arts. 120 y 32 PCP 1882, arts. 132 y 25 CPF 1884.

306 Art. 129, párr. 3º, PCP 1884; art. 97, párr. 3º, CPPM 1914; véase NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 563.

307 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 124; y PLB 1921, b. 13.

308 Art. 238, párr. 3º, PCP 1927: “[...] por el transcurso de un período de tiempo doble al de la duración de la mayor pena impuesta en la sentencia, sin que nunca pueda bajar de tres años ni exceder de treinta”.

de pena grave –veinte años– o menos grave –diez años–³⁰⁹. Dos períodos prescriptorios pueden afectar al destierro en virtud de la ley penal de 1932 y sus herederas hasta el Texto Refundido de 1973, según corra la duración del año y un día a los seis años o de los seis meses y un día al año, por cuanto que prescriben:

Las penas superiores a un año y que no excedan de seis, a los diez. / Las restantes pena, con excepción de las leves, a los cinco años³¹⁰.

Vuelve a proceder acá cuanto se manifestó en orden a la prescripción de la pena relegatoria con arreglo al Anteproyecto de 1938³¹¹. Y el Proyecto del año siguiente da por bueno el vigente sistema de 1932³¹². El destierro que en 1985 cobra renovados alicios en el Código Penal Militar prescribe a los cinco años³¹³. La prescripción del destierro puede decirse que no ha gozado de uniformidad en la legislación positiva: los diez años de 1848 se complementan desde 1932 con los cinco años para el destierro inferior al año de duración. En 1928 se llega hasta los veinte años, y Silvela a los treinta y el Proyecto de 1830 a los cuarenta...

9. Tipos delictivos penados

Parece, durante el Antiguo Régimen, “[...] que siendo el destierro una pena fijada principalmente para nobles, es también pena propia de mujeres”³¹⁴, pero multifuncional en su asistencia a los tipos delictivos. Luego, al codificar conductas y castigos, por lo general, mientras que el extrañamiento “[...] es pena de ordinario reservada a los delitos políticos”, ésta de destierro “[...] es pena más bien propia de los delitos comunes”³¹⁵ –intenta sistematizar Bernaldo de Quirós–. Procede un intento de comprobación sobre los propios textos dispositivos.

309 Art. 118 CP 1932, integrado por el 30 CP 1932; arts. 115 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973, integrados por los respectivos arts. 30.

310 Art. 201, párrs. 2º y 3º, CP 1928.

311 Arts. 106 y 107 AFPC 1938.

312 Art. 128 PCP 1939.

313 Art. 46 *in fine* CPM 1985.

314 ORTEGO GIL, “Los ámbitos...”, p. 157. Véase FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, pp. 61-64.

315 BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones...*, p. 34.

En el plan de la comisión redactora del Proyecto de 1821 estaba la idea de que “regularmente no se impone esta pena en el proyecto sino á delitos que den algun escándalo, ó amenacen la seguridad de alguna persona, ó provoquen la venganza de alguna familia”³¹⁶; veamos entonces si en efecto es así. En el Código de 1822 se prescribe el destierro de un pueblo o distrito determinado a perpetuidad para el delito de infanticidio³¹⁷, para el homicidio en riña o pelea³¹⁸, el homicidio involuntario³¹⁹, lesiones varias con muerte sobrevenida³²⁰, envenenamientos preterintencionales o frustrados³²¹, agresiones a ascendientes en línea recta³²², abusos deshonestos en raptos³²³, los cometidos sobre niños, la mancebía³²⁴ y las amenazas³²⁵; será por tiempo limitado en los casos de funcionarios eclesiásticos o civiles que permitan matrimonios irregulares³²⁶, de funcionarios públicos que fraudulentamente eximan del servicio militar obligatorio³²⁷, homicidio en riña o pelea³²⁸, uxoricidio por adulterio y casos análogos³²⁹, excesos en la legítima defensa³³⁰, homicidio por el ofendido con injuria o deshonra grave³³¹, homicidio en el impedimento des-

316 DSC 1821-1822, t. II, n^o 91, ses. 24-XII-1821, p. 1454; previamente, el mismo José María Calatrava había ya anunciado que “[...] rarísima vez se propondrá en el proyecto esta pena sino acompañada con alguna otra corporal, y contra delitos en que convenga mucho que el reo no permanezca libre en el distrito prohibido, ya para que no incurra en mayores excesos, ya para que no provoque el resentimiento de los ofendidos” (DSC 1821-1822, t. II, n^o 84, ses. 17-XII-1821, p. 1340). Otro diputado, Fermín Gil de Linares, opinaba “[...] que el delito que merezca el destierro temporal de un distrito debe ser muy leve” (*ibidem*).

317 Art. 612 CP 1822 (tras cumplir una reclusión).

318 Art. 616 CP 1822 (tras la pena de obras públicas).

319 Art. 626 CP 1822 (tras las obras públicas).

320 Arts. 630 y 642 CP 1822 (tras haber pasado por el presidio).

321 Arts. 635 y 636 CP 1822 (tras cumplir obras públicas).

322 Art. 648 CP 1822 (con infamia y tras obras públicas).

323 Arts. 666, 668 y 669 CP 1822 (tras obras públicas).

324 Art. 685 CP 1822.

325 Art. 719 CP 1822.

326 Art. 558 CP 1822.

327 Art. 578 CP 1822.

328 Art. 617 CP 1822 (tras obras públicas).

329 Arts. 619 y 620 CP 1822 (tras reclusión).

330 Art. 621 CP 1822 (tras cumplir una reclusión).

331 Art. 623 CP 1822 (tras cumplir reclusión).

proporcionado de un delito o en la aprensión de su autor³³², homicidio involuntario³³³, atentado con armas o embestida con animal fiero³³⁴, provocación a riña o pelea³³⁵, ultraje público al pudor de una persona³³⁶, sustracción de menor de edad o de mujer soltera o viuda³³⁷, solicitud a mujer casada o menor de edad para que se deje raptar³³⁸, complicidad en el adulterio³³⁹, estupro alevoso³⁴⁰, amenazas³⁴¹ y daños³⁴². Otro supuesto, el de faltar a la fe pública quien ejerza jurisdicción o cargo público, depara un destierro indefinido, sin expresión de su alcance temporal³⁴³.

El destierro es aprestado por el Proyecto de 1830 para reprimir la impresión tipográfica no autorizada en materias religiosas³⁴⁴, ciertas injurias³⁴⁵, el homicidio casual³⁴⁶, la negligencia profesional³⁴⁷, daños y lesiones negligentes³⁴⁸, algunas desobediencias en cuestiones de sanidad pública³⁴⁹, estafas habituales³⁵⁰, falsedades documentales³⁵¹, delitos contra la Hacienda³⁵², lesiones graves por adulterio³⁵³, favorecimiento de la prostitución³⁵⁴ y amancebamiento³⁵⁵.

332 Art. 624 CP 1822 (tras reclusión).

333 Art. 627 CP 1822 (tras cumplir arresto).

334 Art. 653 CP 1822.

335 Art. 662 CP 1822.

336 Art. 673 CP 1822 (tras cumplir una reclusión).

337 Art. 675 CP 1822 (tras una reclusión).

338 Art. 676 CP 1822 (tras cumplir una reclusión).

339 Art. 683 CP 1822 (tras reclusión).

340 Arts. 686, 687 y 688 CP 1822 (tras obras públicas o reclusión).

341 Arts. 719 y 722 CP 1822.

342 Arts. 791 y 792 CP 1822.

343 Art. 525 CP 1822.

344 Art. 78 PCC 1830.

345 Arts. 111 y 112 PCC 1830.

346 Art. 132 PCC 1830.

347 Art. 145 PCC 1830.

348 Arts. 149, 155 y 157 PCC 1830.

349 Art. 208 PCC 1830.

350 Art. 263 PCC 1830.

351 Art. 284 PCC 1830.

352 Arts. 309 y 318 PCC 1830.

353 Art. 334 PCC 1830.

354 Arts. 359 y 360 PCC 1830.

355 Art. 361 PCC 1830.

Antes de hacer recuento de los tipos a los que Sainz de Andino aplica el destierro, hay que traer de nuevo a colación aquella suerte de *destierro presencial* para el beneficiado por la prescripción de delito o de pena³⁵⁶. Previamente, el codificador había esgrimido esta pena con extensión de por vida en algunos otros destierros *de presencia* para homicidios alevosos³⁵⁷; también proyecta supuestos temporales para estas mismas atenciones político-criminales³⁵⁸, para el desafío³⁵⁹ y para los ultrajes deshonestos en público³⁶⁰; otros destierros por tiempo cierto prescribe para la reincidencia en obscenidades delictivas³⁶¹, el concubinato³⁶², el estupro con seducción³⁶³, el adulterio³⁶⁴ y las amenazas graves³⁶⁵.

Copia en tantas formulaciones del Proyecto de 1830, el de 1834 trasluce en su notoria economía del destierro su desconfianza hacia la eficacia político-criminal de esta pena, históricamente cada vez más en aumento. Con él pune determinadas infracciones de imprenta contra la religión³⁶⁶ o la realeza³⁶⁷, algún tipo de falsedad documental³⁶⁸, de adulterio³⁶⁹, amancebamiento³⁷⁰, homicidio imprudente³⁷¹, negligencia profesional³⁷², lesiones o daños por negligencia en la tenencia de animales³⁷³, fraudes por abuso de confianza³⁷⁴ y desafíos³⁷⁵.

Con profusión se sirven del destierro los comisionados de 1844: vul-

356 Art. 1193 PCC 1831.

357 Arts. 808, 809, 814 (tras obras públicas) y 815 PCC 1831.

358 Arts. 816 (tras obras públicas) y 817 PCC 1830.

359 Art. 879 PCC 1831.

360 Art. 908 PCC 1831.

361 Arts. 538 y 539 PCC 1831.

362 Art. 572 PCC 1831.

363 Art. 913 PCC 1831.

364 Art. 916 PCC 1831.

365 Art. 967, párr. 2º, PCC 1831.

366 Arts. 106 a 108 PCC 1834.

367 Art. 132 PCC 1834.

368 Art. 196 PCC 1834.

369 Art. 263 PCC 1834.

370 Art. 275 PCC 1834.

371 Art. 334 PCC 1834.

372 Art. 345 PCC 1834.

373 Art. 351 PCC 1834.

374 Art. 412 PCC 1834.

375 Arts. 436 y 440 PCC 1834.

neración fraudulenta de inhabilitaciones o privaciones de cargo u oficio³⁷⁶, algunos supuestos de lesiones leves³⁷⁷, duelo³⁷⁸, uxoricidio por adulterio³⁷⁹, mancebría³⁸⁰, estupro³⁸¹, prostitución o corrupción de menores³⁸², actos obscenos³⁸³, daños³⁸⁴, perturbaciones electorales de gravedad³⁸⁵, motines³⁸⁶, abuso de funciones eclesiásticas³⁸⁷ e ignorancia culpable o ineptitud al sentenciar³⁸⁸. Algunos de los supuestos penados con destierro en el borrador de partida perdieron esta consecuencia jurídica tras su examen y reconsideración³⁸⁹.

Desde ese estrato jurídico-penal previo al éxito de las iniciativas codificadoras en que el arbitrio judicial formaba nuestro Código penal, llegaba hasta el punto de inflexión de 1848 una pena de destierro recurrentemente utilizada en la persecución de ilícitos de intensidad moderada, como las heridas de alguna gravedad, actos o conductas de transcendencia menor que contraríen las buenas costumbres, etcétera³⁹⁰. Asimismo, en variada normativa

376 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, pp. 622-623 (arts. sin numerar).

377 ACGCP, ses. 11-IV-1845, a. 7, p. 855 (arts. 29 –discrecionalmente, entre arresto y multa– y 30 –tras prisión–).

378 ACGCP, ses. 10-IV-1845, a. 10, p. 689 (art. 48, párr. 2º); síganse las deliberaciones, *ibidem*, pp. 681-689.

379 ACGCP, ses. 24-IV-1845, a. 13, pp. 703 y 705 (art. 34).

380 ACGCP, ses. 28-IV-1845, a. 15, pp. 721-722 (art. 12 –tras prisión–)

381 ACGCP, ses. 30-IV-1845, a. 16, pp. 726-727 (art. 19 –discrecionalmente, prisión o destierro–).

382 ACGCP, ses. 30-IV-1845, a. 16, p. 728 (art. 21 –tras cumplir la pena de prisión–).

383 ACGCP, ses. 30-IV-1845, a. 16, p. 729 (art. 23 –alternativo del destierro o de la multa–).

384 ACGCP, ses. 9-VI-1845, a. 34, p. 863 (art. 68 –discrecionalmente, una privación de libertad o el destierro–).

385 ACGCP, ses. 16-VI-1845, a. 39, p. 909 (art. sin numerar).

386 ACGCP, ses. 16-VI-1845, a. 39, p. 910 (art. sin numerar).

387 ACGCP, ses. 25-VI-1845, a. 45, pp. 957-959 (arts. 56 a 58).

388 ACGCP, ses. 25-VI-1845, a. 45, p. 965 (art. 70).

389 En conmutaciones de la privación de libertad impuesta por homicidio o lesiones no calificadas, *apud* ACGCP, ses. 24-IV-1845, a. 13, p. 705 (arts. 36 y 39); sustracción de menores, *ibidem*, ses. 14-V-1845, a. 20, p. 759 (art. 8º, primera versión); amenazas, *ibidem*, ses. 16-V-1845, a. 21, pp. 766-767 (art. 15); colusiones y coligaciones fraudulentas, *ibidem*, ses. 5-VI-1845, a. 31, pp. 841-846 (art. 46); falsificación de certificados, *ibidem*, ses. 2-VII-1845, a. 49, p. 993 (art. 4º); falso testimonio, *ibidem*, pp. 995-996 (art. 2º); denuncia calumniosa, *ibidem*, ses. 3-VII-1845, a. 50, p. 999 (art. 10).

390 ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, t. II, pp. 200-201.

menudean ejemplos de destierro: por ejemplo, en la *Ordenanza de Presidios* de 1834 respecto a la Corte para los presidiarios cumplidos que se licencien³⁹¹; o en la ley contra el ilícito comercio de esclavos, de 1845, se apronta para propietarios y armadores³⁹².

Resultan sancionados con destierro en 1848 las provocaciones por eclesiásticos a resistencia a la autoridad o desórdenes públicos³⁹³, la simple pertenencia a sociedades secretas³⁹⁴, censuras de eclesiásticos al ordenamiento³⁹⁵, lesiones graves³⁹⁶, uxoricidio por adulterio³⁹⁷, duelos³⁹⁸, amancebamiento³⁹⁹, injurias graves⁴⁰⁰ y autorización de matrimonios con impedimento dispensable⁴⁰¹. Sólo la afiliación a sociedades secretas deja de penarse con destierro en 1850⁴⁰², pero se añade un caso de detención ilegal por particular⁴⁰³.

El destierro de 1870 abarca algunos tipos que se harán paradigmáticos junto a algunos otros ya conocidos: delitos contra las Cortes o el Consejo de Ministros⁴⁰⁴, contra la forma de gobierno⁴⁰⁵, vulneración por funcionario público de la garantía constitucional de la residencia⁴⁰⁶, disolución de reunión

391 OGPR 1834, art. 315: “Los que hayan cumplido sus condenas en los presidios peninsulares ó en Ultramar, no podrán establecerse en la córte, su rastro ni sitios reales hasta pasados cuatro años sin reincidencia, bajo pena que les imponga mi audiencia de Madrid, exceptuándose únicamente los naturales ó domiciliados que vuelvan á sus casas y seno de sus familias”, pero con sometimiento en todo caso a vigilancia por parte de la justicia del pueblo para el cual haya pedido el cumplido su pasaporte (art. 311 OGPR 1834; cfr. nota IX/29).

392 Cfr. nota VIII/123.

393 Art. 199 CP 1848.

394 Art. 203, párr. 2º, CP 1848.

395 Art. 295 CP 1848.

396 Art. 336 CP 1848.

397 Art. 339, párr. 1º, CP 1848.

398 Arts. 340, párr. 3º, y 342 CP 1848.

399 Art. 353, párr. 2º, CP 1848.

400 Art. 371 CP 1848.

401 Art. 393, párr. 2º, CP 1848.

402 Arts. 202, 304, 345, 348, párr. 1º, 349, párr. 3º, 351, 362, párr. 2º, 381 y 403, párr. 2º, CP 1850. Véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *Derecho...*, pp. 26-27.

403 Art. 295, párr. 2º, CP 1850.

404 Arts. 169, 171, párr. 2º, y 175 CP 1870.

405 Art. 186 CP 1870 (conjúguese con el 182).

406 Art. 221, párr. 2º, CP 1870.

con fuerza y resultado de lesiones graves o muerte⁴⁰⁷, provocaciones de eclesiástico contra la autoridad o el orden público⁴⁰⁸, lesiones menos graves⁴⁰⁹, uxoricidio por adulterio⁴¹⁰, duelo⁴¹¹, amancebamiento⁴¹², injurias graves⁴¹³, autorización de matrimonio ilegal con impedimento dispensable⁴¹⁴ y amenazas (subsidiario a la caución)⁴¹⁵.

En 1875, el Código Penal de la España carlista reduce los casos de destierro, con ajuste a su tradicionalista ideario, en cuanto que ni defiende las Cortes ni corrige a los eclesiásticos con especificidad; otras veces desaparece el destierro por su tendencial agravación punitiva⁴¹⁶. Con todo, conserva la pena para las lesiones menos graves⁴¹⁷, el uxoricidio por adulterio⁴¹⁸, el duelo⁴¹⁹ y el amancebamiento⁴²⁰.

Incumbe el destierro en el Código colonial de 1879 a delitos contra las Cortes relativos a peticiones⁴²¹ o contra la forma de gobierno⁴²², vulneraciones de la libertad de residencia por funcionarios⁴²³, disolución de reuniones con fuerza⁴²⁴, provocaciones de ministros eclesiásticos contra el orden público⁴²⁵, lesiones menos graves⁴²⁶, uxoricidio por adulterio⁴²⁷, duelos⁴²⁸,

407 Art. 234, párrs. 1º y 2º, CP 1870.

408 Art. 279 CP 1870.

409 Art. 433, párr. 1º, CP 1870 (arresto o destierro y multa).

410 Art. 438 CP 1870.

411 Arts. 439, párr. 3º, y 441 CP 1870.

412 Art. 452, párr. 2º, CP 1870.

413 Art. 473, 2º párr., CP 1870. Sobre este destierro del injuriante trae variada jurisprudencia PANTOJA, *Repertorio...*, apd. 1º (1875/1876), pp. 194-196.

414 Art. 493, párr. 2º, CP 1870.

415 Art. 509 CP 1870.

416 Véase GÓMEZ DE MAYA, "El Código...", pp. 122-125.

417 Art. 336 CPC 1875 (arresto o destierro y multa).

418 Art. 339 CPC 1875.

419 Arts. 340, párr. 2º, y 342 CPC 1875.

420 Art. 353, párr. 2º, CPC 1875.

421 Art. 166 CPCPR 1879.

422 Art. 174 CPCPR 1879.

423 Art. 210, párr. 2º, CPCPR 1879.

424 Art. 222, párr. 2º, CPCPR 1879.

425 Art. 275 CPCPR 1879.

426 Art. 432 CPCPR 1879 (alternativamente, arresto o destierro y multa).

427 Art. 437 CPCPR 1879.

428 Arts. 438, párr. 3º, y 440 CPCPR 1879.

amancebamiento⁴²⁹, injurias graves⁴³⁰ y, subsidiariamente a la caución, en las amenazas⁴³¹. Faltan, de aquí, en el Código filipino las infracciones relativas a la impuesta mudanza de domicilio y a la disolución de reuniones, quedando recogidas las demás⁴³².

Antes, el Código de 1880 unía el destierro a ciertos delitos relativos a peticiones ante las Cortes⁴³³ o contra la forma de gobierno⁴³⁴, infracciones de funcionarios compeliendo a mudar de domicilio⁴³⁵ o la disolución ilegal de reuniones con fuerza⁴³⁶, provocaciones de eclesiásticos a desórdenes públicos⁴³⁷, lesiones menos graves⁴³⁸, uxoricidio por adulterio⁴³⁹, duelos⁴⁴⁰, amancebamiento⁴⁴¹, injurias graves⁴⁴²: lo ya conocido. El Proyecto de Código de 1882 emplea el destierro en los siguientes casos: favorecimiento del enemigo mediante noticias en prensa⁴⁴³, delitos no graves contra las Cortes⁴⁴⁴, actos en reuniones públicas contra la forma de gobierno⁴⁴⁵, infracciones en el ejercicio del derecho de petición⁴⁴⁶, conculcación por funcionarios públicos de la libertad de residencia⁴⁴⁷, suspensión violenta de reuniones⁴⁴⁸, violación mediante la prensa de derechos constitucionales en materia religiosa⁴⁴⁹, provocaciones

429 Art. 452, párr. 2º, CPCPR 1879.

430 Art. 477 CPCPR 1879.

431 Art. 514 CPCPR 1879.

432 Arts. 168, 172, 211, párr. 2º, 418, párr. 1º, 423, 424, párr. 3º, 426, 437, párr. 2º, 458 y 496 CPF 1884.

433 Arts. 177, párr. 2º, y 181 PRCP 1880.

434 Art. 192 PRCP 1880.

435 Art. 226 PRCP 1880.

436 Art. 237, párrs. 1º y 2º, PRCP 1880.

437 Art. 277 PRCP 1880.

438 Art. 439 PRCP 1880 (arresto o destierro y multa).

439 Art. 444, párr. 1º, PRCP 1880.

440 Arts. 445, párr. 3º, y 447 PRCP 1880.

441 Art. 458, párr. 2º, PRCP 1880.

442 Art. 478, párrs. 1º y 2º, PRCP 1880.

443 Arts. 139 y 169, párr. 3º, PCP 1882.

444 Art. 157 PCP 1882.

445 Art. 172 PCP 1882.

446 Art. 186, últ. párr., PCP 1882.

447 Art. 207 PCP 1882.

448 Art. 218 PCP 1882.

449 Art. 234 PCP 1882.

de eclesiásticos contra la autoridad o el orden público⁴⁵⁰, uxoricidio por adulterio⁴⁵¹, duelo⁴⁵², amancebamiento⁴⁵³, injurias graves⁴⁵⁴ e imprudencia temeraria⁴⁵⁵. Silvela, en su Proyecto, apercibe el destierro en los delitos leves contra las Cortes⁴⁵⁶ o contra la forma de gobierno⁴⁵⁷, infracciones de la libertad de residencia por funcionarios públicos⁴⁵⁸, vulneraciones del derecho de reunión⁴⁵⁹, vagancia⁴⁶⁰, lesiones menos graves⁴⁶¹, duelo⁴⁶², uxoricidio por adulterio⁴⁶³ e injurias graves sin publicidad⁴⁶⁴. En el Código hispano-marroquí de 1914 figura prescrito el destierro para provocaciones sin éxito de ministros de una religión a cometer delitos contra el orden público⁴⁶⁵, lesiones menos graves⁴⁶⁶, uxoricidio por adulterio⁴⁶⁷, duelo⁴⁶⁸, amancebamiento⁴⁶⁹, injurias graves⁴⁷⁰, autorización de matrimonios prohibidos⁴⁷¹ y amenazas⁴⁷².

El Anteproyecto de reforma de Saldaña contenía una cláusula del siguiente tenor: “el destierro será siempre dentro de la nación, y se aplicará [...] a delitos políticos y a los comunes contra las personas⁴⁷³; lo cual anota el artí-

450 Art. 276 PCP 1882.

451 Art. 440 PCP 1882.

452 Arts. 444, párr. 3º, y 443 PCP 1882.

453 Art. 454, párr. 2º, PCP 1882.

454 Art. 474 PCP 1882.

455 Art. 591, últ. párr., PCP 1882 (discrecionalmente para el tribunal).

456 Arts. 194 y 195, párr. 2º, PCP 1884.

457 Art. 204 PCP 1884.

458 Art. 243, párr. 1º, PCP 1884.

459 Art. 252, párrs. 1º y 2º, PCP 1884.

460 Art. 398 PCP 1884.

461 Art. 479 PCP 1884 (arbitrariamente, arresto o destierro y multa).

462 Arts. 482, párr. 3º, y 484 PCP 1884.

463 Art. 492 PCP 1884.

464 Art. 517, párr. 2º, PCP 1884.

465 Art. 168 CPPM 1914.

466 Art. 319 CPPM 1914 (alternativamente, arresto o destierro y multa).

467 Art. 324 CPPM 1914.

468 Art. 325, párrs. 2º y 3º, CPPM 1914.

469 Art. 338 CPPM 1914.

470 Art. 360 CPPM 1914.

471 Art. 380, 2º párr., CPPM 1914.

472 Art. 396 CPPM 1914.

473 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 107 (art. 68, párr. 3º, ACP 1920). Pero en PLB 1921, b. 16, utiliza la fórmula *destierro local y nacional*, aludiendo con este último a extrañamiento o expatriación.

ficie con el comentario de que “*delitos políticos privados*, pudieran calificarse algunos como los llamados ‘contra el honor’⁴⁷⁴, dando una idea de por dónde habían de ir sus nonatos usos en parte especial. El Código de 1928 inflige el destierro a los culpables de acciones no graves contra el Consejo de Ministros⁴⁷⁵, desórdenes públicos⁴⁷⁶, calumnias, injurias o amenazas a la autoridad o corporaciones oficiales⁴⁷⁷, delitos de injurias⁴⁷⁸, coacciones en el ámbito laboral⁴⁷⁹ y, por último, frente el empleo de violencia o amenazas para alterar el precio de las cosas⁴⁸⁰. Y de nuevo procede acordarse de la conservación de su vigor por varios artículos del corpus de 1870 en tanto no adviniera la legislación especial requerida por el de 1928⁴⁸¹, entre ellos unos cuantos con el destierro como penalidad⁴⁸².

Sigue el Código de 1932, en lo fundamental, el dictado de 1870; lo observable en las variaciones es una retracción de la funcionalidad no política del destierro: continúa penando delitos contra las Cortes y el Consejo, la forma de gobierno, ciertos derechos individuales garantizados por la Constitución (residencia y reunión) y el orden público⁴⁸³, pueden motivarlo las lesiones menos graves, las injurias graves y las amenazas⁴⁸⁴; en donde pierde terreno es en varias conductas político-criminalmente reconsideradas, como el uxoricidio, el duelo o el amancebamiento; también deja de castigar la celebración de matrimonios ilegales⁴⁸⁵.

El Anteproyecto falangista de 1938 se sirve del destierro para punir manifestaciones en los alrededores del palacio del gobierno⁴⁸⁶, o el intento de

474 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 107.

475 Art. 267, párr. 1º, CP 1928.

476 Arts. 308 a 310 CP 1928 (opcionalmente, prisión o destierro).

477 Arts. 327 y 328 CP 1928 (al arbitrio del tribunal, prisión o destierro).

478 Arts. 629 y 630, párr. 1º, CP 1928.

479 Arts. 678 y 754 CP 1928.

480 Arts. 737, párr. 1º, y 754 CP 1928.

481 Art. 856 CP 1928.

482 Los artículos 169, 171, 186, 221 y 234 CP 1870.

483 Arts. 153, 156, 158, párr. 2º, 160, 162 (*delitos contra las Cortes y sus miembros y contra el Consejo de Ministros*), 172 (*delitos contra la forma de gobierno*), 203, párr. 2º, 216, párrs. 1º y 2º (*delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales*), 272 (*delitos contra el orden público*) CP 1932.

484 Arts. 425 (*lesiones*), 453 (*injurias*) y 487 (*amenazas y coacciones*) CP 1932.

485 Veáanse los arts. 438, 439, 441, 452 y 493 CP 1870.

486 Art. 142 AFCP 1938.

penetrar en él para exponer peticiones⁴⁸⁷, injurias al ejecutivo⁴⁸⁸ y provocaciones contra la forma de gobierno⁴⁸⁹, arbitrariedades y excesos de funcionario público contra las libertades de residencia o de reunión⁴⁹⁰, provocación a desórdenes públicos por ministros de religión⁴⁹¹, lesiones menos graves⁴⁹², conyugicidio por adulterio⁴⁹³, injurias graves⁴⁹⁴ y amenazas⁴⁹⁵. En 1939, el nuevo proyecto de Código vuelve a plegarse a las clásicas aplicaciones: atentados de funcionario público a la libertad de residencia, lesiones menos graves, amancebamiento, injurias graves y amenazas⁴⁹⁶.

El destierro sigue replegado en 1944 en torno a ese núcleo que los sucesivos corpus habían ido conformando: delitos contra las Cortes⁴⁹⁷, de funcionario con vulneración de la libertad de residencia o destierro ilegal⁴⁹⁸, lesiones menos graves⁴⁹⁹, uxoricidio por adulterio⁵⁰⁰, injurias graves⁵⁰¹, amenazas⁵⁰²; pero se incorpora un caso novedoso, el de la propagación de noticias falsas que perjudiquen al Estado⁵⁰³. Casi todas estas aplicaciones se respetan en el Texto Refundido de 1963, con una sola excepción al obliterar, por fin, el tradicional privilegio para el marido matador de los adúlteros⁵⁰⁴. El de 1973 conserva el destierro en la defensa de los altos organismos de la Nación⁵⁰⁵, a los que en

487 Art. 144, párr. 2º, AFCP 1938.

488 Art. 146 AFCP 1938.

489 Art. 155 AFCP 1938.

490 Arts. 182, párr. 2º, y 195 AFCP 1938.

491 Art. 247 AFCP 1938.

492 Art. 400, párr. 1º, AFCP 1938.

493 Art. 407, párr. 1º, AFCP 1938.

494 Art. 433 AFCP 1938.

495 Art. 467 AFCP 1938 (en defecto de caución).

496 Arts. 387, párr. 2º, 405 (arresto o destierro y multa), 422, párr. 2º, 439 y 476 PCP 1939.

497 Arts. 151, 153, párr. 2º, 156 y 158 CPTR 1944.

498 Art. 189 CPTR 1944; véase su escolio en *Código Penal de 1944 (Edición anotada)*, p. 157.

499 Art. 422, párr. 1º, CPTR 1944; véase ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 584.

500 Art. 428 CPTR 1944.

501 Art. 459 CPTR 1944.

502 Art. 495 CPTR 1944 (como subsidiario de la caución).

503 Art. 253, párr. 2º, CPTR 1944 (pena de prisión menor a destierro).

504 Arts. 151, 153, párr. 2º, 156, 158, 189, 252, párr. 2º, 422, párr. 1º, 459 y 495 CPTR 1963.

505 Arts. 151, 153, párr. 2º, 156 y 158 CPTR 1973.

1981 son equiparados los homólogos en la esfera autonómica⁵⁰⁶, así como para los supuestos de destierro arbitrario, injurias graves y amenazas⁵⁰⁷, también, en principio, para la circulación de noticias falsas en perjuicio del Estado, pero en 1980 se deroga este precepto⁵⁰⁸, igual que de primeras se había hecho ya con aquél que posibilitaba el destierro en las lesiones menos graves.

Ya he señalado cómo el Código Penal Militar de 1985 parece fusionar en su uso específico el confinamiento con el destierro, aun habiéndolas individualizado dentro de su escala general de penas: así, recuérdese que, llegado a los delitos en particular, sancionaba conjuntamente *con la de confinamiento o destierro* tanto la desobediencia a bandos militares como el derrotismo⁵⁰⁹.

Las analogías del destierro, en fin, que son las medidas de seguridad consistentes en la *prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe*⁵¹⁰, cuentan en las leyes especiales –los Códigos no entran a adscribir medidas a cada categoría de peligroso– con las siguientes utilizaciones: en 1933, a rufianes, proxenetas y mendigos profesionales⁵¹¹, a explotadores de juegos prohibidos⁵¹², a traficantes de ilícito comercio⁵¹³ y a los sujetos de conducta inclinada al delito⁵¹⁴; en 1970, a los mendigos habituales⁵¹⁵, a ejercientes y favorecedores de la prostitución⁵¹⁶, a individuos de comportamiento insolente o brutal, a los armados, a pandilleros⁵¹⁷, a los dedicados al tráfico ilegal de emigrantes o inmigrantes⁵¹⁸.

El concluido repaso a las *partes especiales* de los Códigos no ha depurado un pleno asentimiento con toda pureza a la ingeniosa ecuación quinquentaesenciada por Bernaldo de Quirós o por Saldaña: “lo que el extrañamiento

506 Art. 160 bis CPTR 1973, adicionado por L. O. 2/1981.

507 Arts. 189, 459 y 495 CPTR 1973.

508 Art. 252 CPTR 1973, derogado por “Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación”, en *BOE* nº 142, de 13-VI-1980, disp. 11880, pp. 13096-13097.

509 Arts. 63 y 64, párr. 1º, CPM 1985 (alternativamente con la pena de prisión).

510 Arts. 4º.6ª LVM 1933 y 5.10 LPRS 1970.

511 Art. 6º.2º.b LVM 1933.

512 Art. 6º.4º.d LVM 1933.

513 Art. 6º.6º.a LVM 1933.

514 Art. 6º.8º.b LVM 1933.

515 Art. 6.2º.b LPRS 1970.

516 Art. 6.3º.b LPRS 1970.

517 Art. 6.7º.e LPRS 1970.

518 Art. 6.8º.b LPRS 1970.

a la Nación por delitos públicos –en supremo sentido de ‘delitos políticos’– es el destierro a la población por *delitos privados*⁵¹⁹. Si esto alguna vez hubiera sido cierto, habría que reconocer ahora múltiples *contaminaciones* en su configuración codificada: todo lo referente a las Cortes, al derecho de reunión, a la forma de gobierno, a la libertad de residencia... En todo caso, al contemplar la trayectoria jurídico-positiva de esta pena, queda patente, desde 1822, su campo de acción, su parcela político-criminal siempre menguante.

10. Figuras análogas al destierro

El Proyecto de 1831 idea, al ocuparse *de la prescripción de los delitos y de las condenas*, una especialidad del luego llamado *destierro presencial* que bien merece ser resaltada como precursora experimentación de Sainz de Andino, aunque manejada por la doctrina y el Derecho comparado⁵²⁰:

En el caso de la prescripción de un delito o de una condena que sea de pena corporal, el delincuente no podrá establecer su domicilio en toda la extensión del territorio jurisdiccional del Tribunal Superior en que esté comprendido el lugar de la perpetración ni tampoco a menos distancia de diez leguas del pueblo donde habite la persona ofendida por el delito, o sus herederos por línea derecha de ascendientes o descendientes⁵²¹.

Además y aparte del destierro que es pena de nombre y de concepto, acogida por ende a la escala general, el Proyecto de Gómez de la Serna en 1869 traslada la propuesta de 1831 para casos de prescripción a los supuestos de indulto. En el derecho positivo, pues, al Código de 1870 le cabe innovar una cláusula concedora de posterior fortuna hasta nuestros días:

El indultado no podrá habitar por el tiempo que, á no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de éste; quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado⁵²².

519 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 313.

520 V. gr., SALAS, *Comentarios...*, p. 115.

521 Art. 1193 PCC 1831.

522 Art. 132.4º, párr. 2º, CP 1870. Se trata del art. 126.4º, párr. 3º, PRCP 1869, el cual aún no dispone de esa anulación final del Código: “[...] quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado”. Permanece en art. 130.4º, párr. 2º, CPCPR 1879; art. 129.4º, párr. 2º, PRCP 1880; art. 130.4º, párr. 2º, CPF 1884.

Como Salas, opuesto a la institución del indulto, el doctor González Miranda, que lanzara en 1907 un convincente alegato contra ella, aprovecha esta cautela legal para abonar sus tesis, por entenderla “[...] condición que claramente indica lo perjudicial y arbitrario del beneficio, pues si éste fuera conforme á justicia no habría obstáculo en que habitaran en el mismo lugar ofensor y ofendido; mas al establecerla, presupone el legislador que hay una causa que lo impide, que no se ha purgado suficientemente la infracción, es decir, que no es justo su perdón y olvido”⁵²³. El Proyecto de Código de 1882 también incorpora la cautela o consideración hacia quien fue víctima del indultado:

Cuando se trate de delitos contra las personas, no podrá el indultado habitar en el lugar en que viva el ofendido ó su cónyuge é hijos, por el tiempo que, á no haberlo sido, debería durar la condena, sin el consentimiento de aquellos, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado⁵²⁴.

Dentro del Proyecto penal de 1884 la dicha cautela alcanza más depurada formulación:

El indultado, aunque lo sea totalmente, no podrá habitar en la misma poblacion ó término municipal que el ofendido, su cónyuge, sus ascendientes ó descendientes, por el tiempo que, á no mediar el indulto, debería durar la condena, sin el consentimiento expreso de las mismas personas, quedando en otro caso sin efecto el indulto concedido⁵²⁵.

Y no es ésta sólo la única especialidad semejante al destierro en el texto de los Silvela: así, en las amenazas,

Si el culpable no presta la fianza dentro del plazo que se le señale, no podrá vivir, durante el tiempo que el tribunal fije á su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años, en el mismo término municipal que el amenazado, su cónyuge, ascendientes ó descendientes, ó dentro del radio que el tribunal establezca⁵²⁶.

Si el reo fuere vago, ó reincidente en delitos que dén lugar á la sujecion a vigilancia, los tribunales podrán declararlo sujeto á vigilancia especial; y en este caso, el Ministro de la Gobernacion podrá, además, prohibirle residir en poblaciones de más de cierto

523 GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 72 (véase SALAS, *Comentarios...*, p. 172-174). NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 555-556, se explaya con las mismas cuentas.

524 Art. 118.3º, párr. 2º, PCP 1882.

525 Art. 124, párr. 2º, PCP 1884.

526 Art. 70, últ. párr., PCP 1884.

número de habitantes, ó señalarle el pueblo de su naturaleza ú otro como lugar fijo de residencia, durante el tiempo de la condena⁵²⁷.

Las dos primeras instituciones, para el indulto y para las amenazas, pasan al Código Penal jalifiano sin otro retoque que la elisión del calificativo *municipal* para el término⁵²⁸, simple reflejo de la diferente organización o subdivisión administrativa del territorio. En ninguna de las medidas de seguridad que arbitra en la oportuna tabla el preproyecto de Saldaña se aprecia en principio relación sustantiva con el destierro, si bien luego trae un precepto por el cual “los tribunales podrán acordar en las sentencias, como consecuencia del delito o como complemento de la pena, [...] hacerle cambiar de domicilio o residencia” al condenado⁵²⁹: la *residencia y domicilio forzosos* de la relación de medidas⁵³⁰, quizá ya propinqua al confinamiento; en esta ocasión, la prodigada y dudosa figura del *destierro de presencia* sí que recibe, a simple vista, un tratamiento en calidad de pena, llevada al mismo precepto definitivo del destierro:

Si este [el punto designado] es el lugar en que viva el ofendido, no podrá habitar en él, por el tiempo de la condena, sin su consentimiento⁵³¹.

Sin embargo, bien mirado, más parece una regla ejecutiva de la pena o una medida de seguridad accesoria a ella. Ante tal opción, triada sin reticencias por el proyectista, oportuno será atender al dictamen de Luis Silvela de que “las Penas que tienen por materia la restriccion de la libertad de elegir domicilio, no deben en modo alguno confundirse [...] con la prohibicion impuesta al cumplido de morar en el mismo punto que la víctima ó su familia” en virtud de la sentencia, mecanismo que es en realidad “[...] una consecuencia de ésta con ánimo de guardar la consideracion que merece la sensibilidad de la víctima y de sus allegados, que no pueden ménos de sentir horror á la vista del que ocasionó la ofensa, evitando al propio tiempo reincidencias ó nuevos delitos”⁵³². Entre las medidas de seguridad, acomodan el Código de

527 Art. 71, últ. párr., PCP 1884.

528 Arts. 91, párr. 2º, y 52, párr. 4º, CPPM 1914.

529 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 114 (art. 75 ACP 1920).

530 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 112 (art. 69 ACP 1920).

531 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 106 (art. 64, párr. 2º, ACP 1920).

532 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 464-465. Véase lo manifestado por NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, pp. 555-556, ante tales cautelas.

1928 y su Proyecto “la prohibición de que el reo, al extinguir la condena, vuelva á residir en el lugar en que cometió el delito, ó en que residían la víctima ó su familia”⁵³³. El *redescubrimiento* de la víctima del delito, que “disfrutó del máximo protagonismo –su ‘edad de oro’– durante la justicia primitiva, siendo después drásticamente ‘neutralizada’ por el sistema legal moderno”⁵³⁴, ha prosperado paulatinamente, sobre todo a lo largo del siglo XX; además de renovar para el indulto aquella cautela o garantía en beneficio de la víctima que, similar a un destierro, fuera propuesta por el Proyecto de Silvela⁵³⁵, en 1928 se va a duplicar la acción garantista en favor de la víctima cuando, dentro del capítulo sobre medidas de seguridad, autoriza el Código que

Los Tribunales, en los delitos contra las personas, atendiendo a la gravedad de los hechos, y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, después de extinguida la pena, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale según las circunstancias del caso⁵³⁶.

“Es la interdicción de residencia postcarcelaria”⁵³⁷ –nomina Castejón– que Montes quisiera ver extendida “[...] a otros delitos que ordinariamente dejen tras sí un sedimento de odios y rencores capaces de ejendrar [sic] nuevos delitos”⁵³⁸; así será repescada por el Código de 1944 como una de las *reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes*, con alguna variación enunciativa, la más relevante ésa de su extensión allende la delincuencia estrictamente contra las personas:

Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso⁵³⁹.

533 Arts. 90.12 CP 1928 y 93.12^a PCP 1927.

534 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología...*, p. 38.

535 Art. 194, párr. 2^o, CP 1928 (art. 228, párr. 2^o, PCP 1927), trasunto del 124, párr. 2^o, PCP 1884.

536 Art. 106 CP 1928, art. 110 PCP 1927.

537 CASTEJÓN, “Génesis...” [178], p. 467.

538 MONTES, *Derecho...*, p. 670.

539 Arts. 67 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973. Véase ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 570.

El artículo funciona en paralelo a otra adición del mismo corpus de 1944 que previene que en el punto o puntos designados “[...] se comprenderá, si el ofendido lo pidiere, el lugar en que el reo delinquirió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos”⁵⁴⁰. Notadas las diferencias entre una y otra cláusula (la segunda, con *posibilidades amplísimas que serán poco utilizadas gracias a la moderación judicial*⁵⁴¹), si bien Antón Oneca presenta aquel primer precepto como otra forma de destierro, es para añadir sin solución de continuidad que “no queda clara su naturaleza. Se ha negado su carácter de pena por no figurar entre las enumeradas [...] y afirmando el de medida de seguridad [...], siendo decisivo para resolver este problema que el Código la incluye en la sección dedicada a la aplicación de las penas según las circunstancias”⁵⁴². Sopesando indicios, de un lado, si los tribunales han de guiarse para su imposición arbitraria por la *peligrosidad* del individuo, no se les da esta directriz en exclusiva, sino emparejada con la *gravedad* del hecho; por otra parte, aun dejándose a su solo arbitrio la imposición, se excluye el régimen de sentencia indeterminada, ésa que en la medida de seguridad se condiciona o subordina al desenvolvimiento ejecutivo, para asegurar aquí el pronunciamiento de una duración en concreto, la cual, sustraída al marco del destierro, quedaría sin otro límite que la vida del sujeto, a traición de los principios del Código y, más adelante, de la Constitución⁵⁴³: “por el contrario, concebida como forma de destierro, en todo lo que no difiera expresamente deberá ser completado por las normas generales de regulación de esta pena y no se podrá imponer [...] más que entre los límites de seis meses y un día y los seis años”⁵⁴⁴ (y como concluye Puig Peña, “todo ello, por lo menos, por vía de analogía, en este caso, aceptable por ir a favor del reo”⁵⁴⁵). A semejantes conclusiones deriva asimismo la glosa de Quintano, en vista de que “su no limitación de tiempo, ni siquiera de distancia, constituye a esta sanción en una especie de ‘superdestierro’, que teóricamente puede ser perpetuo y alcanzar el máximo de radio de acción que permita el territorio nacional, consecuencia que por sí misma arguye por la solución de entender que la misma ha de es-

540 Arts. 88 CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

541 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 571.

542 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 570.

543 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, pp. 570-571. La postura a favor del estatuto de medida, v. gr., puede encarnarse en Antonio FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, pp. 275 y ss., o en CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 830.

544 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 571.

545 PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 326.

tar sujeta a iguales limitaciones que la del destierro, un destierro de arbitrio judicial, no incluido en las concretas tipicidades del libro II”, como tampoco sujeto a las reglas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque el Código lo acople entre las de aplicación a ellas concernientes: tan sólo peligrosidad y gravedad habrán de valorarse por los tribunales⁵⁴⁶. Landrove opina sin ambages “[...] que no supone más que una efectiva pena de destierro aunque en el precepto de referencia no se utilice tal nomenclatura”⁵⁴⁷. Por eso, contemplando igualmente esta figura, Puig Peña, que la cataloga como *medida asegurativa, accesoria*, “destierro, aunque así no se le llame” o *medida análoga al destierro*, ha podido referirse a una *nueva vida de la pena de destierro*⁵⁴⁸ que halla su mejor expresión en esas *órdenes de alejamiento* hoy de tanta actualidad. Con uniforme preocupación, aunque ahora salvando la imprecisión temporal –no la espacial–, otra modalidad de 1928 similar a la suprascrita surge con ocasión de la medida de caución de conducta:

Si el culpable no presta la fianza dentro del plazo que se le señale, no podrá vivir, durante el tiempo que el Tribunal fije a su prudente arbitrio, pero que nunca podrá exceder de tres años, en el mismo término que el amenazado u ofendido por el delito o dentro del radio que el Tribunal establezca. Según las circunstancias del caso, el Tribunal podrá extender la prohibición a términos municipales donde vivan el cónyuge, ascendientes o descendientes del amenazado u ofendido⁵⁴⁹.

El Código de la Segunda República, vuelto hacia 1870 y reticente contra su predecesor, no había mantenido tales novedades en el ordenamiento, aunque sí recupera a la letra la previsión restrictiva de la libertad en el indulto⁵⁵⁰. Desde 1944 ésta viene versionada con la siguiente fórmula:

Será aplicable al indultado, por el tiempo que a no haberlo sido debería durar la condena, lo dispuesto para el desterrado sobre lugares de entrada prohibida⁵⁵¹.

En la exégesis de Antón Oneca, “esto equivale a establecer, con carácter general, que el indulto consistirá, a lo más en la conmutación de la pena impuesta por el destierro” y, aunque “parece a primera vista que todas las

546 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 535; y véase PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 326.

547 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 92.

548 PUIG PEÑA, “Destierro”, p. 326.

549 Art. 129, párr. 4º, CP 1928 (paréese con el art. 134, párr. 4º, PCP 1927).

550 Art. 115.2º, párr. 2º, CP 1932.

551 Arts. 112.4º, párr. 2º, CPTR 1944, CPTR 1963 y CPTR 1973.

penas indultadas han de dar lugar al destierro sustitutorio”, porque donde la ley no distingue, tampoco debieran sus ejecutantes distinguir, “es evidente, sin embargo, que el legislador ha pensado únicamente en las privativas de libertad”⁵⁵². Ahora, contemplando la naturaleza de esta otra figura, la hesitación permanece, “[...] bien que en ella se haga ya una referencia nominal al destierro y una limitación de tiempo”⁵⁵³, sin bastar ello quizás para considerar pena algo que no pasa de ser una *situación de alcance subsidiario*⁵⁵⁴.

Con detención en las medidas de seguridad, una de las precavidas por la Ley de Vagos de 1933 es la “*prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe*”⁵⁵⁵, impuesta a los peligrosos para *impedir sus actividades antisociales, separándolos del medio propicio a su peligrosidad*”⁵⁵⁶. Existen en el Anteproyecto falangista, por añadidura a las penas, la *prohibición de residir en lugar o territorio determinados* y la *abstención de frecuentar los sitios que se le marquen*, como medidas de seguridad en la respectiva escala general, así como *cualquier otra prevención de igual entidad o análoga*⁵⁵⁷. El Anteproyecto privado de ley de defensa social, de Castejón, programa como una de sus medidas la *obligación de no residir en lugar determinado*⁵⁵⁸. La Ley de Peligrosidad del año 1970 traduce su medida asimilable al destierro en una *prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe*⁵⁵⁹; las medidas de este tipo se ejecutan bajo la misma vigilancia de delegado judicial que en la obligación de residencia⁵⁶⁰. En el Anteproyecto de Bases del Libro I de Código Penal, de 1973, sin penalidad restrictiva de la libertad, sí que como

552 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 611.

553 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 535.

554 PUIG PEÑA, “Destierro”..., p. 326. Igual juzga en el supuesto de las amenazas y coacciones del art. 495 CPTR 1944, con arbitraria caución y un destierro a ésta subsidiario (*ibidem*, pp. 326-327).

555 LVM 1933, art. 4^o.6^a; pero no consiste tan sólo en ese escueto núcleo, sino que “el sujeto prevenido con esta medida queda obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que experimente” (*ibidem*). En su primer Proyecto LVM 1933, art. 7^o.2^a, era la *prohibición de residir en las localidades o territorio que el Tribunal determine*; en el segundo Proyecto LVM 1933, art. 4^o.6^a, la *prohibición de residir en el lugar o territorio que el Tribunal designe*.

556 “Dictamen de la Comisión...” LVM 1933, p. 2.

557 Art. 27 AFCP 1938.

558 CASTEJÓN, “Anteproyecto...”, art. 3^o.4.

559 LPRS 1970, art. 5.10, párr. 1^o.

560 Art. 12 RPRS 1971.

medida de seguridad *complementaria* aparece *el destierro de algún lugar o zona determinados*⁵⁶¹:

La prohibición de residir en algún lugar o zona determinada, por un tiempo no superior a tres años, podrá aplicarse respecto a los que cometieren delitos contra las personas o intentaren poner en práctica amenazas o frases intimidatorias, proferidas contra las mismas⁵⁶².

El resto de figuras análogas a la pena de destierro, Derecho hoy en todo su vigor, rebasa quizás los ámbitos de un estudio histórico, pero parece obligado referirse a ellas cuando importa no dejar incompleta la secuencia evolutiva de la pena dentro del proceso codificador. Al presente, cabe hablar de cierta supervivencia del destierro, erradicado como tal de la escala general de penas, en las actuales *órdenes de alejamiento*⁵⁶³, no tan modernas como pueda creerse: basta para cerciorarse de ello leer a Bentham, en cuya apreciación, *aun para siempre*⁵⁶⁴,

[...] nada hay mas ingenioso en la legislacion penal que el *destierro de la presencia*. Esta pena sugerida por la antigua jurisprudencia francesa, y de que se halla algun rastro en el código dinamarqués, puede perfeccionándola ofrecer un excelente remedio para los delitos producidos por algunas enemistades particulares, de que el público en general nada tiene que temer. Esta pena proporciona al oprimido un triunfo sobre el opresor, y restablece del modo mas suave la preponderancia de la inocencia ofendida sobre la

561 ABCP 1972, b. 7^a.8, p. 750.

562 ABCP 1972, b. 10^a.8.c, p. 754.

563 Váyase a los arts. 48, 57.1, 83.1.2^a y 96.3.9^a CP 1995 (en el último, según redacción dada por L. O. 15/2003: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. / 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”). Y esta misma cautela, como medida, se adapta para los menores en la “Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en BOE n^o 11, de 13-I-2000, disp. 641, pp. 1422-1441, art. 7: *prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con otras personas que determine el juez*. Cotéjese con art. 102 PACP 1983 y arts. 45 y 53 ACP 1992 y PCP 1992.

564 Véase NÚÑEZ, *Ciencia...*, p. 506.

fuerza insolente. Además, previene la renovación de las riñas, y quita al agresor el poder de dañar; pero para poner en ejecución un medio que toca tan de cerca al honor, se necesita tener una atención escrupulosa á la posición particular de los individuos⁵⁶⁵.

Y no es sólo el filósofo londinense: también Filangieri se aproxima a *esta especie de destierro*, precautorio e intencionadamente presencial⁵⁶⁶. Si temprano es su planteamiento por la doctrina, a nosotros nos aparecía ya tal figura en el Proyecto de Sainz de Andino, codificada y prevista para aquel que ganare la prescripción de la condena impuesta y sin ejecutar⁵⁶⁷. Soslayando cualquier denominación específica, apronta en la actualidad la tabla de penas la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima y allegados, por economía aludida a veces fuera de la ley como *pena de alejamiento*⁵⁶⁸:

2. Son penas graves:

[...]

g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años⁵⁶⁹.

3. Son penas menos graves:

[...]

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.

565 BENTHAM, *Tratados...*, p. 320. En otro pasaje es *destierro parcial* esta misma *prohibición al individuo sospechoso de presentarse delante de la persona amenazada, de hallarse en el lugar donde ella habita, ó en cualquiera otro sitio señalado para teatro del delito* (*ibidem*, p. 253), defendiendo su pertinencia ante las injurias (*ibidem*, pp. 280, 598), por lo cual desea hacerle sitio entre las penas de su propuesta de “Código Penal. Título particular”, si bien restringida sólo a *casos muy graves* (*ibidem*, p. 592). Junto a la anterior, como otra medida preventiva directa, allega también la “*exacción de promesas de abstenerse de un cierto lugar*, como un medio útil para la *prevención de muchos delitos* y, en particular, riñas, ofensas personales y maniobras (*ibidem*, p. 253).

566 FILANGIERI, *Ciencia...* [1822], t. IV, pp. 21-22.

567 Art. 1193 PCC 1831 (cfr. nota VIII/521).

568 Véase LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [2005], p. 85.

569 Art. 33.2.g y h CP 1995, según lo reformado por la L. O. 15/2003. Compárese con el art. 30.2.f ACP 1992 y PCP 1992.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años⁵⁷⁰.

4. Son penas leves:

[...]

c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.

d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses⁵⁷¹.

Nos elucidan los penalistas alrededor de estas *penas privativas de derechos*⁵⁷² cómo, pues “se trata de una restricción del derecho de libertad ambulatoria”, anudando cabos, “la opinión de un importante sector de la doctrina considera que esta pena recoge el contenido esencial de la derogada pena de destierro. Para otros, su finalidad tuitiva respecto de la víctima y familiares la dota de una naturaleza jurídica diferente”⁵⁷³. Del contenido descrito por la propia norma extraen ambos veredictos su refuerzo, pero más que en los objetivos político-criminales parece que la identificación debiera poner todo énfasis en la coincidencia de menoscabos –y de su funcionamiento– a los derechos del sentenciado:

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto

570 Art. 33.3.f y g CP 1995, según lo reformado por la L. O. 15/2003. Compárese con el art. 30.3.e ACP 1992 y PCP 1992.

571 Art. 33.4.c y d CP 1995, según lo reformado por la L. O. 15/2003.

572 Art. 39.f CP 1995, en relación con los arts. 36.e ACP 1992 y PCP 1992.

573 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones...*, pp. 358-359. Véase v. gr., LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [2005], p. 85, o MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 520. En obras actuales de divulgación jurídica, como la de VILLA-REAL/DEL ARCO TORRES, *Diccionario...*, p. 152, esta figura penal aparece directamente identificada con el destierro; pero, desentendido el Código de la categoría de las *restricciones de libertad*, BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas...”, p. 122, proclama su mayor proximidad a las *privaciones de libertad* (ambulatoria) que a las de *otros derechos*.

de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena⁵⁷⁴.

Según parece inherente a toda esta especie de *analogías*, la indeterminación tenacea a cada paso y, si la temporal ha podido ser trabada en estos ámbitos de penalidad, no ocurre tal una vez más con la espacial, siendo que al *lugar* como categoría le cabe demasiado en sí: “¿ha de tratarse de la casa, de la calle, del barrio, del pueblo, de la ciudad, de la provincia?” –se pregunta Boldova Pasamar, igual que antes Quintano llegara a exagerar con la mención del *territorio nacional*, para concluir con éste dando campo al arbitrio judicial en cada caso—⁵⁷⁵. La Ley Orgánica modificativa del Código en 2010 ha tocado el primer número de este artículo para abarcar también la comisión de faltas⁵⁷⁶. Otro apartado no original, pues se incorpora al precepto en 2003, parece muy interesante en orden a la evolución de las operaciones ejecutivas del medio punitivo que aún podemos seguir llamando sin tecnicidad *destierro* o *alejamiento*:

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan⁵⁷⁷.

No cabe duda de que el *modus operandi* de la autoridad ha de verse beneficiado por mecanismos de control cada vez más eficientes, siempre que no ocurra como con la controvertida pena de arresto de fin de semana⁵⁷⁸, “[...] cuya introducción en el Texto de 1995 se había celebrado entusiastamente desde instancias oficiales. La ausencia de los medios personales y materiales necesarios para su correcta ejecución determinó su incontestable fracaso”⁵⁷⁹ y el que la reforma de 2003 la rayera del Código. Algo parecido está aconteciendo con la otra *pena estrella*: los trabajos en beneficio de la comunidad⁵⁸⁰.

574 Art. 48.1 y 2 CP 1995, de acuerdo con la reforma de la L. O. 15/2003; cotéjese con arts. 45 ACP 1992 y PCP 1992. Y “la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta 10 años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas [...] tendrá una duración de un mes a 10 años” (art. 40.3 CP 1995).

575 BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas...”, p. 122. Cfr. nota VIII/546.

576 Art. 48.1 CP 1995, según la L. O. 5/2010, apt. 10º.

577 Art. 48.4 CP 1995, añadido de la L. O. 15/2003.

578 Art. 37 CP 1995 antes de su reforma por L. O. 15/2003.

579 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [2005], p. 63.

580 Art. 49 CP 1995.

De más a más, el ordenamiento conserva en su seno, actualizadas y esclarecidas al fin en su naturaleza, aquellas precauciones innovadas por el Código de 1928, con el acompañamiento de alguna otra requerida por semejante interés tuitivo en la implantación de nuevas instituciones jurídico-penales, como la siguiente, accesoria y potestativa⁵⁸¹:

Los jueces y tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 [...] ⁵⁸².

En la misma órbita victimológica se sitúa la suspensión de ejecución:

La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal [...]. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que haya fijado de entre las siguientes: 1^a. Prohibición de acudir a determinados lugares. / 2^a. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos ⁵⁸³.

En fin, junto a la penalidad, han retornado al Código las medidas de seguridad, que presentan supuestos análogos de restricciones *centrífugas* de la libertad ambulatoria:

4^a. La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

581 Véase BOLDOVA PASAMAR, "Penas privativas...", pp. 121, 123; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [2005], pp. 85-86. A la contra, MIR PUIG, *Derecho...*, p. 711, las tiene por no accesorias, sino principales.

582 Art. 57.1 CP 1995, con arreglo a la L. O. 15/2003.

583 Art. 83.1.2^a CP 1995, que había sido desde la L. O. 14/1999 el 83.1.1^o.bis, remodelándose el precepto entero por L. O. 15/2003 y L. O. 1/2004 hasta quedar con este tenor. Váyase a los arts. 82.1.1^a ACP 1992 y 83.1.1^a PCP 1992. Respective a la estirpe de esta institución, MIR PUIG, *Derecho...*, p. 692, la asimila a la anglosajona *probación*; y a decir de GRACIA MARTÍN (coord.) *et al.*, *Lecciones...*, p. 251-252, forma parte de *las condiciones de vigencia de la suspensión de la ejecución de la pena*, sin carácter de pena ni aun de medida de seguridad.

5^a. La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego⁵⁸⁴.

Y también en estos supuestos parece que es posible hablar, didácticamente, de destierro: “los lugares de destierro pueden ser varios. Lugares seleccionados sólo en función de criterios preventivos y no de protección a la víctima como sucede con la pena”⁵⁸⁵. Además, en este corpus de 1995 la idea de destierro pervive como imposición potestativa por el juez de vigilancia penitenciaria al decretar una libertad condicional:

El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código⁵⁸⁶.

Más allá, “[...] las numerosas reformas habidas en materia de violencia en el ámbito familiar y asimilados, le han dotado de un alcance mucho mayor que el de una pena. Dicha prohibición se adopta también [...] como medida cautelar durante el desarrollo del proceso” en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que nos rige⁵⁸⁷. Quizás, junto a la expulsión de extranjeros, sea el de destierro el concepto que mejor ha sobrevivido a la caída en desgracia de la penalidad restrictiva de la libertad circulatoria; claro, que su preservación no se ha producido entre las penas, de cuya categoría puede decirse que sí parece definitivamente desprendido el grupo de referencia en bloque; si el *destierro* se halla en trance de superar esta crisis es porque el bien jurídico de la libertad –de desplazamientos en este caso– ya no viene afectado en modo alguno por una finalidad expiatoria o retributiva, despreciada por la Constitución⁵⁸⁸,

584 Art. 96.3.4^a y 5^a CP 1995, conforme a la L. O. 15/2003, que son modificación del 96.3.1^a en la redacción original; y art. 105.1.c y d CP 1995, también retocado por la misma ley orgánica. Ténganse presentes los arts. 94.3.1^a y 107.1.c-d ACP 1992 y 95.3.1^a 108.1.c-d PCP 1992.

585 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones...*, p. 396.

586 Art. 90.2 CP 1995, conforme a la “Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *BOE* n^o 156, de 1-VII-2003, disp. 13022, pp. 25274-25278; en la glosa de GRACIA MARTÍN (coord.) *et al.*, *Lecciones...*, pp. 89-90, más que medida de seguridad, es, preventivo de la reincidencia, *un expediente técnico de remisión al contenido material de aquellas medidas sin prejuzgar su naturaleza como tales*.

587 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 520. Véase art. 544.ter LEC 1882.

588 Véase el art. 25.2 CE 1978.

sí, pero presente y actuante todavía en la conciencia social; lo que de él (de las figuras que han heredado sus hechuras: la medida de seguridad, la orden de alejamiento...) se espera ahora es la eficacia meramente cautelar, por eliminación: a veces, eliminación de ambientes perjudiciales a la regeneración del propio sujeto, y a veces, eliminación de éste como recurso protector de la víctima.

IX LA SUJECIÓN A LA VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD

1. Origen y trayectoria en cuanto consecuencia jurídica del delito

Vista a grandes rasgos la intimidación penal aparejada con anterioridad al siglo XIX y parando mientes en el mecanismo ahora atendido, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, poco cuesta verificar su inexistencia en cuanto pena a lo largo de todo el Antiguo Régimen. El más clásico elenco punitivo del ordenamiento hispano lo tenemos en el que intentaron las Partidas (“Quántas maneras son de penas”)¹: sabida es su incompletud, incluso sin salir del propio corpus alfonsino, pero ningún vestigio, en calidad *stricto sensu* punitiva, parece en principio que pueda vislumbrarse, ni en ésta ni en otra normativa histórica anterior a la Edad Moderna, de la institución aquí encarada. Si se acude a la autoridad de Lardizábal, se la ve faltar como punición en uso pretérito o presente dentro del capítulo del *Discurso* (1782) que trata “De los diversos géneros que hay de penas y de cuáles puede usarse o no con utilidad y conveniencia de la república”²; y en esto le siguen los demás sistematizadores del agonizante Derecho penal de la época: Berní y Catalá, Álvarez Posadilla, Pérez y López, Dou y Bassóls, Asso y Manuel, Gutiérrez, etcétera³. Aho-

1 *Partidas*, VII.31.4.

2 LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, cap. V. Tampoco hallamos su rastro entre los medios penales que enjuicia la obra del marqués de BECCARIA, *De los delitos...*, *passim*.

3 V. gr., BERNÍ, *Práctica...*, *passim*; MARTÍNEZ, *Librería...*, t. VI, *passim*; Pedro Antonio ECHEBARRÍA Y OJEDA, *Los delitos y las penas en el «Diccionario» de Echebarría de 1791*, *passim*; ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica...*, *passim*; PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro...*, t. XXII, pp. 287 y ss.; Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal, arreglado á las leyes de España*, t. I, *passim*; Ramón Lázaro de DOU Y BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España*, t. VII, pp. 142-204; Ignacio Jordán de ASSO Y DEL RÍO/Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, pp. 229-230; GUTIÉRREZ, *Discurso...*, pp. 86 y ss.; VILANOVA Y MAÑES, *Materia...*, t. III, *passim*; Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Lecciones de Derecho español*, t. II, p. 335; ESCRICHE, *Elementos...*, pp. 237-240; GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1842], t. VII, pp. 183-201; de nuevo GARCÍA GOYENA, *Código...*, t. I, pp. 31 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1843], t. II, pp. 215

ra bien, un atisbo o pálpito de ella, sólo en su modalidad postpresidial, sí que aparece en el juriconsulto hispanomejicano, como desiderata, aglutinando unos epígrafes que merece la pena copiar íntegros, así por la exposición como por haberse traducido legislativamente en breve:

Sería muy conveniente que los que fuesen condenados a presidios y arsenales, después de cumplida su condena, no puedan entrar en la Corte y Sitios Reales, debiéndose expresar así por punto general en todas las sentencias, y se les obligue a volver a sus antiguos domicilios para vivir en ellos aplicados a su oficio, si le tuvieren, o con otra ocupación honesta, sin que puedan irse a establecer a otra parte sin justa causa aprobada por la justicia y llevando licencia de ella por escrito.

Para que esta providencia tenga efecto, es necesario que las licencias que se dieren a los presidiarios cumplidos, contengan la expresa calidad de haberse de presentar dentro del tiempo que se les señalará, según las distancias, ante las Justicias de sus respectivos domicilios, para que éstas tomen razón de dicha licencia, y den cuenta al tribunal que dio la sentencia; y el que fuere aprehendido sin licencia, o pasado el término de ella, aunque la tenga, no se hubiere presentado a la justicia, deberá ser castigado como verdadero quebrantador del presidio.

[...]

Con estas precauciones tan fáciles de tomar, se conseguirá fácilmente que las Justicias de los pueblos velen sobre la conducta de los que han sido condenados a presidio, a los cuales contendrá mucho este temor para que no vuelvan a sus antiguas costumbres, y las justicias podrán también ser responsables de las faltas, que por omisión, mala fe, o indebidas condescendencias tuvieren en el asunto; lo que no es posible pueda verificarse permitiendo, como ahora sucede, que los que vuelven de los presidios se establezcan adonde les pareciere⁴.

Es ésta una de las veces en que Lardizábal se zafa de la influencia de Beccaria con un toque más original: con todo y con ello, el arbitrio no es invención suya: él mismo ha querido poner sobre la pista de una ley o pragmática recopilada. Seguramente no la pena, pero la medida accesoria parece que sí pudo preceder a la codificación del Derecho penal. El necesario desbro-

y ss. Repárese en que, escribiendo Hernández de la Rúa (1838), Escriche (1840) o García Goyena y Gómez de la Serna (1843) ya en vísperas y aledaños del Código de 1848, el ordenamiento que comentan es en su mayor parte el del Antiguo Régimen (véanse JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, p. 759; y TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho...*, pp. 380-397).

4 LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso...*, pp. 239-241. Invoca, además, cierta pragmática de Felipe II, dada el 3 de mayo de 1566 e inserta en RLR, VIII.24.8 (“Que en cada una de las Audiencias en el Juzgado de los Alcaldes aya un libro, en que se ponga el estado de los negocios de los condenados à galeras”).

ce de ese fragmento, de las fuentes frecuentadas por el autor y de sus *éxitos prolegislativos* nos pone en disposición de procurar un apunte de la *prehistoria* de esta institución en España, labor a menudo aventurada, pero que aquí respalda la patente alusión en la norma que para la ejecución de esta pena se dio rigiendo el Código Penal de 1848; dicho reglamento, la Real Orden de 28 de noviembre de 1849, no sólo nace para darle efectividad *en todos los casos que el Código penal exige su aplicacion*, sino, además, “en la inteligencia de que las disposiciones que anteceden son extensivas y aplicables á los presidiarios sentenciados con arreglo á la antigua legislacion, segun la misma lo exigia en ciertos casos, y lo prescribe para todos [...] la ordenanza general de presidios”⁵. En efecto, contienen tanto la Nueva como la Novísima Recopilación algunas leyes en que aparece la autoridad vigilando a determinados individuos contraventores o peligrosos: ora a los gitanos o a los vagos, ora a los presidiarios cumplidos.

Prácticamente todas las disposiciones contenidas en el título XVI del libro XII de la Recopilación de 1805, “De los gitanos, su vagancia y otros excesos”, pueden admitirse en buena doctrina como precursoras de la vigilancia penal: se pretende reprimir en ellas el vagabundeo de este grupo étnico⁶ mediante la imposición de diversas penas que van de los azotes a la muerte –pasando por destierro, galeras, esclavitud, marca a fuego o mutilaciones–, pero ofrece el Poder a los llamados *egipcianos*, un expediente para eludir el castigo –que es a la par una *medida de seguridad* con la que está *defendiéndose* de ellos la sociedad–: consiste éste en el asentamiento en localidades predeterminadas, la adopción de un oficio, el acatamiento de ciertas reglas de conducta (por lo general, un *no hacer*, un apartarse de sus costumbres), y de la verificación o control de todo ello quedan encargados “[...] todos los Correidores, Asistentes, Gobernadores, Alcaldes mayores, Alguaciles, Merinos, y otros qualesquiera nuestros Jueces y Justicias”⁷. Aunque tanto la reiteración

5 “Real órden, dictando reglas para que tenga efecto la pena de sujecion á la vigilancia de la autoridad que el Código penal establece”, de 28 de noviembre de 1849 [ROSA 1849], en *CLE* 48, disp. 839, pp. 525-527, párr. primero (p. 525) y último (p. 527).

6 Véase la voz “Gitanos”, en *EJE*, t. XVII, pp. 143-146; las monografías de María Helena SÁNCHEZ, *Los gitanos españoles*, pp. 83-113, y de LEBLON, *Los gitanos...*, pp. 22-79; las contextualizadoras reflexiones de Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *La sociedad española en el Siglo de Oro*, pp. 233-234; y, en fin, el corpus de María Helena SÁNCHEZ ORTEGA, *Documentación selecta sobre la situación de los gitanos españoles en el siglo XVIII*, pp. 23-136, 187-218.

7 NRLE, XII.16.1 (Pragmática de 1499, reiterada en 1525, 1528 y 1534);

de la normativa como el comentario de la doctrina nos hablan del fracaso de estas políticas eliminatorias⁸, recordemos tales prescripciones y tal habilitación a la autoridad cuando tratemos la sujeción a vigilancia que la Codificación de la materia criminal instituye, ya en 1822, como pena cabal, puesto que se nos harán entonces patentes no pocas concomitancias (la radicación en un punto fijo, el acomodo laboral, las reglas de inspección y buena conducta...).

Si, tocante a los vagos, en cierta Real Ordenanza de Fernando VI reproducida por Carlos III, mal cabe identificar en rigor una sumisión a la vigilancia de la autoridad ni aun simplemente cercana a su concepción o configuración codificada (porque apenas se rebasa la generalización de un sistema de información y control policial)⁹, no acontece igual con dos disposiciones de Carlos III que, para esos mismos vagos una y para expresidarios en general la otra, modelan o anticipan de forma todavía más palmaria que la legislación contra gitanos, con arreglo a lo preconizado por Lardizábal algún año antes, el *complemento de pena* en que llegará a convertirse la vigilancia de la autoridad tras un inicial estadio punitivo en los Códigos de 1822 y de 1848. Resaltan, en la primera, la fijación por los vagos de un domicilio comunicado a la autoridad para que ésta cuide de *su conducta y aplicación*¹⁰; particularmente

NRLE, XII.16.4 (Cédula de 28 de junio de 1619); NRLE, XII.16.5 (Pragmática de 8 de mayo de 1633); RLE, XII.16.6 (Pragmática de 20 de noviembre de 1692); NRLE, XII.16.7 (Pragmáticas de 12 de junio de 1695 y de 15 de enero de 1717, Cédula de 1 de octubre de 1726); NRLE, XII.16.9 (Cédula de 1 de octubre de 1726); NRLE, XII.16.11 (Pragmática-sancion de 19 de septiembre de 1783). Responden a idéntico espíritu e inciden en unos u otros pormenores las leyes II (1539, 1560), III (1586), VIII ((1705, 1708) y X (1745), compañeras en Título y materia de las arriba extractadas de la *Novísima*; aparte de varias de las anteriores, reunía la *Nueva Recopilación* algunas otras leyes de la misma órbita en cierto título “De los ladrones, rufianes, vagamundos, y Egypcianos” (RLR, VIII.9.11 y 17).

8 Encarece CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, t. I, p. 383 (II.13.35), cómo la sujeción de los gitanos en su jurisdicción es *cargo de residencia* y motivo de envío de *juces de comisión* a “[...] los Corregidores negligentes en ello, como ya vemos, que [...] los despacha el Consejo por todo el Reyno”.

9 NRLE, XII.31.14 (Real Ordenanza de 13 de octubre de 1749 e Instrucción de 15 de mayo de 1788), sobre averiguación por los corregidores de *la calidad, vida y costumbres de sus vecinos y moradores, para corregir y castigar los ociosos y mal entretenidos*. Véanse María Rosa PÉREZ ESTÉVEZ, *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII*, pp. 163-196, 272-273; y LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, pp. 623-624.

10 NRLE, XII.31.12 (Real Cédula de 11 de enero de 1784), regla 4. Véase Manuel LUIS ORTIZ DE ZÚÑIGA/Cayetano de HERRERA, *Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España*, t. I, p. 60.

en la segunda, la presencia de ciertos elementos que pasarán a la *sujeción a vigilancia penal*, como la expedición de *pasaportes a los sentenciados*, la remisión de *noticia circunstanciada* de ellos a la autoridad administrativa, o incluso la dedicación *á algun oficio*¹¹: con toda evidencia, esta norma está ya mucho más cerca de la *vigilancia de la autoridad* diseñada por los Códigos de 1822 o 1848 que de sus antecedentes¹². Se trata, por supuesto, de prescripciones con una identidad de conjunto no científicamente construida; debemos mirarlas –igual que las de gitanos– despojándonos de nuestra contemporánea sensibilidad, por mucho que luego ésta sí las pueda interpretar como más emparentadas –según dejo apuntado– con la figura en que vendrá a abocar durante el tránsito del siglo XIX al XX la *vigilancia penal*: la medida de seguridad; lo cierto y verdad es que se sobrepujan las simples tareas de policía u orden público, porque se detecta un peligro social contra el que *defenderse*, tan desasosegante que configura ya un delito –porque lo eran la ociosidad y la vagabundería–: sus remedios serían, pues, como unas *medidas postdelictuales*¹³. Después, ante el panorama global del advenimiento y persistencia de la *vigilancia* en la esfera represora, tanta reiteración dispositiva no indicia precisamente ni la observancia ni la exigencia del cumplimiento de los sucesivos recordatorios de las providencias decretadas por el Poder con miras a tener controlados estos sectores marginales de la sociedad¹⁴; de tamaña indolencia se quejaba, a la altura de 1802, el poeta y jurista Meléndez Valdés, sin dejar de recomendar una política siempre estribada sobre la *vigilancia*: la de *alistar, distribuir y clasificar á los pobres y necesitados, para velar despues cuidadosamente sobre su residencia y ocupacion*¹⁵. Con mayor cercanía temporal –aún no definitiva– a la *sujeción a vigilancia* de la Codificación, una tercera especialidad represiva, cabe la de presidiarios cumplidos y la de vagos y gitanos, perseveraba en prefigurarla de algún modo: se encuentra en aquella Real Cédula con la que en 1814 Fernando VII se tomaba el desquite contra los colaboradores del *intruso* José I: en su parte dispositiva se deja a los de menor entidad *sugetos bajo de la inspeccion* de los jefes políticos locales en

11 NRLE, XII.40.16 (Real Orden de 15 de agosto y Cédula del Consejo de 7 de diciembre de 1786).

12 RLR, VIII.24.3, reiterada normativa carolino-filipina precaviendo no más la entrega de *cédula* o *testimonio de aver servido*.

13 Véanse PINO ABAD, “La aplicación...”, pp. 273-274.

14 Léase a FOUCAULT, *Vigilar...*, pp. 86-87.

15 MELÉNDEZ VALDÉS, “Fragmentos de un discurso sobre la mendiguez”, *Discursos...*, p. 156.

*cualquier pueblo adonde mudaren su residencia: libertad de escogerla, pues, pero, “[...] porque haya noticia de su persona”, allá donde fueren, vigilados*¹⁶.

Quizá hubiera resultado más metódico comenzar, recordando con Landrove que “[...] desde tiempo inmemorial se luchó contra la criminalidad con un aparato represivo y preventivo que muchas veces rebasaba la esfera de lo estrictamente penal”, y pone como primer ejemplo la *vigilancia policiaca*, justo antes de precisar que “lo verdaderamente moderno en las medidas de seguridad es la sistematización que alcanzan a finales del siglo pasado [por el XIX]. Pero ya antes –aunque innominadas– se encuentran en muchos ordenamientos”¹⁷; por igual, *lo verdaderamente moderno* en la especial vigilancia policiaca conecta con su reconversión y sistematización –pena o medida– como consecuencia jurídica del delito. Ello planteado, es en el contexto protocodificador que cristaliza en 1820 donde y cuando va a emerger para el ordenamiento jurídico-penal español, con denominación y fisonomía acabadas, una –en principio– novedosa pena: la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades. No estará de más reandar el *iter* codificador segunda vez en atención a la tortuosa presencia de esta institución penológica en los textos, por varios desestimada, mas también porque en los casos en que halla acceso no siempre lo hace bajo el mismo concepto, siendo alternativamente pena, complemento de pena, medida de seguridad...; esto, sin contar la pervivencia de otras *sujeciones a vigilancia* en legislación especial. Si “caracterizadas por su mayor levedad, las penas restrictivas de libertad no privan plenamente de ésta, por lo que siendo más fáciles en su imposición, se extienden más históricamente”¹⁸, en cambio, presuponiendo un aparato estatal de cierta complejidad, “la sujeción a la vigilancia de la autoridad no tiene precedentes tan remotos”: afirma Cuello Calón, con invocación de Von Liszt, que “aparece por primera vez en Austria en el código Josefino de 1787 para los condenados por robo, pasa después a otros códigos germánicos y encuentra su consagración en las legislaciones latinas con el código francés de 1810”¹⁹; el profesor alemán había anotado, además, que “la legislación extranjera se ha mantenido, en parte, alejada de esta institución”²⁰. Y, sin embargo, en sendas leyes

16 Circular de 30 de mayo de 1814 cit., arts. II y VI, pp. 50-51. Cfr. nota V/463.

17 LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], p. 161.

18 LALINDE ABADÍA, *Iniciación...*, p. 556.

19 CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 249. Véanse CDPF 1810, art. 11 y p. 113; Joseph-Louis ORTOLAN, *Curso de legislación penal comparada*, p. 184.

20 VON LISZT, *Tratado...*, t. III, p. 263. Lo repite ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 571.

de 1784 y 1786, limitadas al caso de internos cumplidos, la hemos hallado en España, bien formada, aunque sin categoría de pena: en la Real Cédula de 11 de enero de 1784, vagos hospicianos, ya cumplidos, ya corregidos; en la Real Orden de 15 de agosto de 1786, presidiarios cumplidos, y de un modo algo más incipiente, aunque igualmente paladino, ha recorrido, para control de gitanos, todo el período histórico de la monarquía absoluta –remontándonos hasta 1499–, tenaz en prefigurar la institución; de donde habrá que extraer la idea de que lo que en verdad aporta el Código napoleónico al ordenamiento español por la puerta del Código de 1822 no es la sujeción a vigilancia de la autoridad como consecuencia jurídica de delito o de *peligro* para la comunidad, sino escuetamente la sujeción a vigilancia entendida como pena. De esta manera, para el Código del liberalismo trienal ya es otra cosa, distinta de aquellas cautelas observadas con los *vagamundos* o con los excarcelados por la *legislación antigua*; es ahora una pena más, sexta de las *no corporales*²¹, que consiste en las obligaciones para el penado de elegir residencia y reducirse a ella en tanto no comunique oficialmente cualquier viaje o mudanza, de presentarse a la autoridad a discreción de ésta, de justificar su modo de vivir y, en general, de buena conducta²².

Para un estudio como éste, que se ha impuesto la tarea de fijar conceptos y concepciones, resultan reveladores e insoslayables hitos en el proceso gestatorio del Derecho no sólo los proyectos legislativos que culminaron en una promulgación, tal como acaeció en el caso del Código de 1822, sino asimismo los intentos malogrados por los motivos que fueren...; siendo así que, ahora más que en nunca, no ha de estimarse impertinente el estudio de los textos nonatos que mediaron entre las dos presencias codificadas de la pena de *sujeción a la vigilancia de la autoridad*: la de 1822 y la de 1848, entre la última y su salida del Código en 1870, o los que con posterioridad a éste plantean algún medio o tipo de *vigilancia* en lo criminal, pues permitirán rastrear la evolución científica de esta institución entre unas y otras positivaciones,

21 Art. 28 CP 1822.

22 Art. 78 CP 1822: “El reo á quien se imponga la sujecion á la vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligacion de dar cuenta de su habitacion y modo de vivir á la autoridad local, y de presentársele personalmente en los períodos que esta le prevenga; la cual podrá exigirle fianza de buena conducta cuando esta se hiciere sospechosa; y si no la diere, confinarle en un pueblo ó parte de él donde pueda trabajar, y aun arrestarle por el tiempo que crea conveniente, si quebrantare este confinamiento; pero sin escederse nunca del término señalado á la sujecion del reo bajo la vigilancia de la misma autoridad”. Se corresponde con el art. 81 PCP 1821.

máxime cuando varias de tales propuestas legislativas intentaron conferirle un diseño particularmente elaborado o novedoso en algún extremo. El Proyecto de 1830 ordenó sus penas en tres tipos y artículos: los de las corporales, las civiles y las pecuniarias, adonde –primera *reválida* tras su presentación en 1822– no halla franqueamiento aquella *vigilancia especial de las autoridades* de liberal cuño²³. Sí lleva, a poco, Sainz de Andino hasta el inventario penológico de su proyecto, enmendando a la paralela comisión²⁴, la que rotula *la sujeción temporal a la vigilancia de las autoridades*, con la contradicción que luego se verá, y lo hace mediante fórmula que se resiste al mero remedo del corpus doceañista y que, además, describe con buen tino la naturaleza restrictiva de esta pena, fórmula muy didáctica para penetrar cómo lo que diferencia esta corrección de la de confinamiento es precisamente que en éste el punto en que el reo deberá cumplir su condena se fija por los tribunales, y en él, también vigilado por la autoridad, habrá por fuerza de extinguirla, mientras que la vigilancia simple a la que puede sujetarse al convicto se ejerce en aquel lugar que él mismo tenga elegido para establecer su domicilio²⁵. Sabido es que el Proyecto de 1834 reproducía penológicamente el que en un cuatrienio lo antecedió; en consecuencia, se retorna a aquella su preterición de la sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro de la nómina de correctivos disponibles en lo criminal²⁶.

Si no en la ley, este recurso político-criminal iba penetrando ya en la jurisprudencia²⁷ y estaba ya en la doctrina, que aquilataba sus pros y sus contras sin vacilar en proponer su aprovechamiento sobre concretas parcelas, como el

23 Repásense los arts. 4 a 7 PCC 1830.

24 Véase la confrontación valorativa de ambas obras en Rafael CASTEJÓN CALDERÓN, “El Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal de 1830”, *RGLJ* 174, p. 40, *más completa y técnica la de D. Pedro*.

25 Art. 97 PCC 1831: “Las personas sujetas a la vigilancia especial de las autoridades están obligadas a seguir las reglas de buena conducta que éstas les prescriban: a presentárseles a los períodos que marquen y en cualquiera otra ocasión que sean llamadas extraordinariamente: a sujetarse a las restricciones que les prescriban en punto a las personas de cuyo trato deban abstenerse y no podrán hacer ausencia de la población sino con motivo conocido, por tiempo determinado y con licencia de la autoridad, que cuidará de dar aviso al pueblo a donde se dirija el que la haya obtenido para que se vigile su conducta”. El art. 36 PCC 1831 habilita esta vigilancia especial para las dos categorías de delitos que reconoce el Proyecto: los *enormes* y los *comunes*.

26 Arts. 43 y 45 a 47 PCC 1834.

27 Véase LALINDE ABADÍA, “Vida...”, p. 27.

de esa *vigilancia especial de las autoridades* promovida en 1846 por el abogado Alejo Galilea para el control de la prostitución tolerada²⁸. Y, en esta línea, lo más franco o expedito era el remozamiento de las conocidas utilidades e instituciones: antes de llegar a la versión de la sujeción a la vigilancia de la autoridad que incorpora el Código de 1848, hay que detenerse en dos disposiciones que, hablando de una vigilancia ejecutable sobre delincuentes, reenvían en su génesis al ordenamiento del Antiguo Régimen con preferencia al Código de 1822 y sus fuentes de Derecho comparado: una es la Ordenanza de Presidios de 1834²⁹, otra es la Ley de Vagos de 1845³⁰. Esta última constituye en cierta medida, dentro de la era codificadora, un hito como primera ley especial –augurada al menos desde el *Trienio*³¹– dedicada a la represión de un sector de criminalidad que nunca ha dejado de preocupar al poder, pero también lo marca en orden a la institución penal que voy analizando, por cuanto que en ella reaparece, para el Derecho penal positivo, la expresión textual *vigilancia de la autoridad*, aunque referida sólo al momento inmediatamente postpenitenciario (y así también se expresan los preceptos de la Ordenanza General de 1834 ahora interesantes), tras la puesta en libertad de los cumplidos (vagos en exclusiva, mas todos ya en virtud de la preexistente Ordenanza de Presidios). Por supuesto que hay otros sometimientos a vigilancia de la autoridad, como que de alguna concreción normativa ya me he servido atrás: en materia de suspensión de garantías, el año 1836 –pero, ahí, contenida en confinamiento–, o de represión

28 Alejo GALILEA, *Exámen filosófico-legal de los delitos*, pp. 128-129.

29 La OGPR 1834, art. 310, prescribe que “el director general al espedir las licencias á los cumplidos avisará al juez ó presidente del tribunal que los sentenció, á fin de que comunique las órdenes oportunas para vigilarlos, y el comandante del presidio oficiará á la justicia del pueblo, para la cual haya pedido el cumplido su pasaporte” (art. 311), “en el que se fijarán los dias y la ruta”.

30 “Ley de Vagos”, de 9 de mayo de 1845 [LV 1845], en *Gaceta de Madrid* n° 3933, de 21-VI-1845, p. 2.

31 Una de las objeciones contrapuestas al Proyecto de Código de 1821 por *tribunales, corporaciones literarias y personas ilustradas de la Nación*, a llamamiento de las Cortes, fue la no tipificación de la vagancia y la mendicidad –según puede verse en el *DSC 1821-1822*, t. II, n° 60, ses. 23-XI-1821, pp. 921-923–; a ello replicaba Calatrava en la misma sesión que sí, que “faltan, es muy cierto; pero la comisión ha creído que [...] pertenecen exclusivamente al reglamento general de policía ó á leyes particulares, como el contrabando, sobre lo cual están entendiendo otras comisiones” (*ibidem*, p. 927); la cuestión resurgiría en ulteriores momentos (*ibidem*, p. 929; n° 61, ses. 24-XI-1821, pp. 938-939; n° 62, ses. 25-XI-1821, p. 961; etcétera). De su ancestral tolerancia quejábbase hacia 1836 SALAS, *Comentarios...*, p. 85.

carlista, el 38 –mas sin exacta pertenencia al ámbito de lo jurídico-penal–³². No se declara expresamente en la Ley de Vagos si ha de tenérsela por pena accesoria, por complemento de la pena o por medida correctiva; sin embargo, se hace patente desde un primer momento la consideración de la vagancia como delito, no como mero estado peligroso³³ (permítaseme echar aquí mano de una terminología aún venidera), un delito al que se aparejan determinadas penas, una de las cuales consiste en el destino a establecimientos o presidios correccionales: extinguida que sea, el vago “quedará sometido a la vigilancia de la autoridad”³⁴, lo que parece estrenar (ya más que preludiar, tal como en la Cédula de 1784, en la Orden de 1786 y en la Ordenanza de Presidios) la categoría de *complemento de la pena*, que será definida casi cuarenta años después por el Proyecto *Silvela* de Código Penal. Este regreso de la *vigilancia de la autoridad* anticipándose al siguiente Código no ha de entenderse, pues, heredero de la normativa penal del *trienio*, ni menos aún vendría a demostrar la hipótesis de una aplicación de ésta tras la fulminación fernandina; antes bien, hay que reconocer su genealogía en esa *antigua legislación* que tendrá presente la Real Orden de 28 de noviembre de 1849, particularmente en las regulaciones para gitanos, vagos o presidiarios cumplidos dadas por Carlos III en los años 1783, 1784 y 1786.

Visto el escueto señalamiento de una consecuencia del delito sólo definida legalmente con alguna profundidad en aquel ya lejano 1822, en un corpus jurídico-criminal de corto recorrido, ahora, con la redacción de la Ley punitiva de 1848 en marcha, no parece en exceso aventurado pensar que la noción o idea de ese sometimiento de los vagos a la vigilancia de la autoridad se acercase ya bastante a las soluciones ofrecidas por el inminente texto codificado (restricción domiciliaria, reglas de inspección y *modus vivendi*), el

32 Cfr., respectivamente, notas VII/461 y VII/466.

33 Véase la reseña de la discusión final del proyecto de ley de vagos, en la *Gaceta de Madrid* n° 3831, de 11-III-1845, p. 4 (habíase publicado dicho “Proyecto de ley de vagos” en *Gaceta de Madrid* n° 3788, de 27-I-1845, p. 3); asimismo, GALILEA, *Exámen...*, t. II, pp. 187-211. Consúltese PINO ABAD, “La aplicación...”, pp. 273-274.

34 Art. 25 LV 1845: “Si el vago fuere destinado á correccion, extinguido el tiempo de su destino quedará sometido á la vigilancia de la autoridad por un plazo igual al tiempo que hubiere durado la correccion”. En torno a tales presidios correccionales, no estará de más oír al diputado Pascual Fernández Baeza durante la discusión del Código del 48: “hace tres ó cuatro años que en España se dio la ley de vagos, y se dijo que se los conduciría á establecimientos formados expresamente para ese objeto. Hace tres ó cuatro años que se dio esa ley y los establecimientos no existen” (*DSCCD* 1847-1848, t. III, n° 80, ses. 11-III-1848, p. 1733).

cual, junto a la Real Orden de 1849, acabará por darle cumplida consistencia; y ello, pese a que, como en 1822, en 1848 –no se olvide– será la *vigilancia* pena en sí misma tras haber integrado en leyes contra la vagancia (de 1784 y ésta de 1845) o penitenciarias (de 1786 y 1834) una de las fases ejecutivas de la pena, incluso tras haberse incorporado al destierro, confinatorio o no, como prerrogativa de la autoridad sobre el así punido³⁵. La real orden dada para ejecución de la ley de 1845 se limita a encomendar al ministerio fiscal el cuidado de la efectiva vigilancia postcorrecional de los vagos³⁶, pero dice algo más en su preámbulo: “[...] es ya llegado el caso de dar acción y rápido movimiento á la policía judicial, que aunque consignada en alguna de nuestras leyes, no ha tenido hasta ahora la aplicación que exige la buena administración de justicia”³⁷; la *vigilancia de la autoridad*, por los indicios, adolecía todavía de una deficiente implantación allende el papel de la ley. De todos modos, si la línea evolutiva proviene de mandatos reales dieciochescos o incluso anteriores en varias centurias, no será sino la Codificación el impulso que confiera a esta cautela la significación de castigo. La sucinta Ley de vagos de marzo de 1868, presurosamente derogada por decreto³⁸ de octubre del mismo año, mantendrá la sujeción a la vigilancia de la autoridad entre los medios apercibidos para reprimir las conductas reprobadas, ahora sí –en seguimiento del Código de 1848– explícitamente calificada como pena³⁹. La vagancia, contes-

35 Cfr. nota IX/27.

36 “Estableciendo las reglas que deben observarse para el cumplimiento de la ley de vagos”, real orden de 20 de junio de 1845, en *CLDDC* 34, pp. 299-301, regla 6^a.

37 Preámbulo de la R. O. de 20 de junio de 1845, p. 229, en la inteligencia de que “el cumplimiento de la ley de vagos reclama acaso mas que ninguna otra la acción saludable y activa de los agentes de la administración”.

38 Para penetrar en la compleja y substanciosa problemática de la evolución de las categorías normativas aportadas por el constitucionalismo, no necesariamente despojadas en un principio de los caracteres y correlaciones propias del sistema de producción de normas del Antiguo Régimen, pueden consultarse el estudio de José CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, y el de Juan Ignacio MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el Reinado de Isabel II*.

39 “Ley, reformando el art. 258 del Código penal, relativo á la vagancia, y determinando el procedimiento en las causas que se formen por dicho delito”, de 27 de marzo de 1868, en *CLE* 99, disp. 183, pp. 364-365, art. 2 (se acompañó por una real orden, de 28 de marzo del mismo año, para su *inteligencia y aplicacion, ibidem*, disp. 184, pp. 365-366). Quedó abrogada por el “Decreto, derogando la ley de 27 de Marzo de 1868 sobre vagancia; y restableciendo el art. 258 del Código penal, tal como estaba antes de que fuese variado por aquella”, de 19 de octubre de 1868, en *CLE* 100, disp. 719, p. 342.

tado delito en la parte especial de este articulado, pasará a la general del de 1870 como agravante⁴⁰ sin que amaine la polémica⁴¹: no faltó entre quienes mostraron su desacuerdo con ambas alternativas la sugerencia de una tercera que haría de ella un simple *medio predisponente para el delito* y del sometimiento a vigilancia una suerte de medida de seguridad, en concreto *una relación excepcional entre el Estado y el individuo para defensa general*⁴²; pues exactamente a esto, *rompiendo con los precedentes históricos*⁴³, se llegará en el Código de 1928⁴⁴ y en 1933 bajo la Ley de vagos y maleantes⁴⁵.

Pero volvamos atrás, al abrupto proceso finalmente coronado con el tan remiso éxito legislativo-codificador: la *sujeción a la vigilancia de las autoridades* figuraba, en las Bases del Código Penal que sería de 1848, entre *las penas que se establezcan en el Código*⁴⁶, y recordemos aquellas misteriosas –por anónimas e indocumentadas– modificaciones sufridas por el proyecto de 1845 durante su permanencia en manos del gobierno⁴⁷: de ellas fue acaso una de las menos significativas la disímil retórica de la *vigilancia* punitiva, mas no

40 Arts. 251 CP 1848, 258 CP 1850 y 10.23^a CP 1870. Véase GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 276-280, con *id.*, *Elementos...* [1877], t. III, pp. 61-63.

41 V. gr., se la quiere recuperar como delito en arts. 362 a 365 PRCP 1880, pero sigue rigiendo como circunstancia agravante en 10.25^a CPCPR 1879 y en 10.23^a CPF 1884. Consúltese NÚÑEZ BARBERO, *La reforma...*, pp. 53-54.

42 GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 57.

43 MARTÍNEZ-ALCUBILLA BORONAT, *Código...*, p. 23.

44 Pero este corpus pretende conjugar el estado de peligrosidad del vago y su sujeción a medidas (arts. 105 y 90.8^a CP 1928; 109 y 93.8^a PCP 1927) con el mantenimiento de la circunstancia modificativa de la responsabilidad (art. 67.5^a CP 1928; 68.11^a PCP 1927), más una falta *contra los intereses generales y régimen de las poblaciones* que castiga la *vida vagabunda* (art. 813 CP 1928; 1029 PCP 1927). El mayor problema estribaba entonces en que como agravante ya había propiciado condenas capitales (ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, p. 30).

45 Arts. 2^o.1^o y 6^o.1^o.c LVM 1933.

46 Si ya contaba en la 2^a de las BCP 1844, como una de las penas que habían de apuntalar el Código, todavía no comparece en el pliego de cuestiones que suscitó, en septiembre de 1843, ante la Comisión General el presidente de su sección penal: la tercera de ellas sugiere que “las penas adoptables podrían ser” las a renglón seguido yuxtapuestas, entre las cuales –treinta y una!– no figura la de referencia, como no sea que se cifre, echando mano de una sinécdoque, en la que nomina “domicilio señalado”, después ausente de las bases (LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 259).

47 Cfr. notas III/83 a III/87.

así su catalogación, pasando de pena *aplicable a todos los delitos y faltas* a ser en 1848 teóricamente pena correccional y no accesoria⁴⁸. Por otra parte, en el seno de la comisión codificadora, cierta alusión de uno de sus componentes, el manualista Cirilo Álvarez, a la *pena de vigilancia* –en cuanto herramienta de control postpenitenciario– quizás ayude a entrever su realidad más allá de las a veces engañosas disposiciones de la ley: “[...] no consultemos al país hoy, sino en lo sucesivo, pues el Gobierno tendrá muchos más medios que hasta aquí para vigilar sobre el estado de las personas; habrá medios preventivos que hasta ahora no ha podido haber”⁴⁹, luego parece dar a entender que la vigilancia de la autoridad no se caracterizaba por un eficiente desempeño administrativo de las funciones ejecutivas, y está en ello denunciando la escasez de recursos materiales y humanos como fatal servidumbre que aquejaba a la Administración española, tal como en 1859 seguirá denunciando Ramírez y Burgaleta⁵⁰. Conservada por el positivado corpus resultante en su escala general de penas, como *correccional*, la *sujeción a la vigilancia de la autoridad*, le confiere un diseño distinto al del Código del *Trienio*, puesto el énfasis en la coerción territorial y laboral más allá del impreciso *dar cuenta* precedente⁵¹; pero, aun así, supo-

48 Para la sujeción a vigilancia, el proyecto sigue aquí a pie juntillas el anteproyecto de Seijas, pues esta materia “se aprobó sin discusión” (ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 588): su art. 105 (*ibidem*, p. 589) estatuye que “siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la autoridad, se pondrá en conocimiento del Gobierno, el que atendidos los casos y circunstancias comunicará sus órdenes a los funcionarios de la policía civil y judicial a los fines convenientes”. El siguiente, 106 (*ibidem*), detalla que “toda persona sometida a la vigilancia de la autoridad está obligada: / 1º. A dejar domicilio señalado dando cuenta de él a la autoridad inmediately encargada de su vigilancia. / 2º. A no poder cambiar de domicilio sin conocimiento y pase de la misma autoridad. / 3º. A someterse a las reglas de inspección que le prefije la autoridad a que esté sometido. / 4º. Y últimamente a adoptar oficio, arte, industria o profesión no teniendo medios propios y conocidos de subsistencia”. El precepto número 95 (*ibidem*, p. 582) enumera tales *penas aplicables a todos los delitos y faltas*.

49 ACGCP, ses. 10-VI-1845, a. 35, p. 876. Este mismo aspecto de la política criminal es el que provoca, alrededor de las mismas fechas, la reflexión de GARCÍA GOYENA, *Código...*, p. 287.

50 RAMÍREZ Y BURGALETA, *Código...*, pp. XLII-XLIII (cfr. nota IX/276).

51 Arts. 24 y 42 CP 1848. El segundo precepto reza así: “La sujeción a la vigilancia de la Autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: / 1ª. Fijar su domicilio y dar cuenta de él a la Autoridad inmediately encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma Autoridad dado por escrito. / 2ª. Observar las reglas de inspección que aquella le prefije. / 3ª. Adoptar oficio, arte,

ne la consolidación de elementos ya presentes, con formulación más o menos próxima, en ese corpus anterior y que cabe tener –anticípese– por el contenido punitivo esencial a esta institución: fijación domiciliaria, reglas de inspección, obligación de sostenerse lícitamente y buena conducta general. Pero enseguida vamos a ver que –con las salvedades precisas para Ultramar– este castigo concreto no va a acompañar al conjunto del Código del 48 en su longevidad. Disposición de capital importancia en la evolución que vamos siguiendo es la ya aducida Real Orden de 28 de noviembre de 1849, “dictando reglas para que tenga efecto la pena de sujeción á la vigilancia de la autoridad que el Código penal establece”, donde se articula el más completo desarrollo ejecutivo que esta pena haya llegado a tener; por otra parte, en sus reglas estaban confluyendo los dos vectores que traía la *vigilancia de la autoridad* en esa primera mitad de centuria: el de la codificación llegada de Europa⁵² y el de la *antigua legislación*⁵³. De allí a poco, el texto penal de 1850 –sea código de nuevo cuño, sea simple reedición actualizada– no extendió hasta el correctivo que aquí se viene escrutando sus enmiendas y quedó, por consiguiente, tal cual estaba desde hacía apenas un par de años⁵⁴. Y lo mismo acaecía con el Código dado por el

industria ó profesion, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. / Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno”.

52 Cfr. notas IX/19 y IX/20.

53 La vagarosa referencia de ROSVA 1849 a la *antigua legislación*, en definitiva, está pensada, por un lado, para una norma (la Real Orden de 15 de agosto de 1786) sustituida por la propia Ordenanza General de Presidios que expresamente menciona. Y está pensada, por otra parte, para una materia como es la vagancia, reprimida en los gitanos desde las numerosas normas compiladas por la *Nueva Recopilación* (RLR, VIII.11) y la *Novísima* (NRLE, XII.16); en general, por la Real Cédula de 11 de enero de 1784; y luego, por la que, en reemplazo de todo el título de la *Novísima* al cual esta disposición pertenece (“De los vagos; y modo de proceder á su recogimiento y destino”), pero también de la suprimida especialidad gitana, vino a constituir la Ley de Vagos de 1845.

54 Arts. 24 y 42 CP 1850. Así, en el primero sigue siendo correccional la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, la cuarta, entre el destierro y la reprensión pública. El otro precepto permanece idéntico tras la reforma: “La sujeción á la vigilancia de la Autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: / 1^a. Fijar su domicilio y dar cuenta de él á la Autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma Autoridad dado por escrito. / 2^a. Observar las reglas de inspeccion que aquella le prefije. / 3^a. Adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. / Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno”.

pretendiente carlista para sus *dominios* en 1875, cuyas *ligeras variantes* tampoco alcanzan a la sujeción a vigilancia, que en principio mantiene este corpus criminal igual que su modelo⁵⁵.

La fijación ejecutiva de la pena que había aprestado la Real Orden de 1849 tampoco varió mucho con la Ley de 18 de julio de 1866 “estableciendo reglas para el cumplimiento de las condenas”, fuera de explicitar el régimen de recursos del vigilado que se creyese agraviado de las disposiciones de la autoridad inmediatamente encargada de él; de hecho, no olvida excitar al gobierno en orden al cumplimiento de la norma reglamentaria de 1849⁵⁶. Por lo demás, resulta bastante inusitado que de su docena de artículos empleados en ordenar una pena para cuyo tratamiento la normativa legal siempre se mostró más bien poco acuciosa. Contemplamos un momento álgido de la vigilancia de la autoridad: la Ley de Orden Público de 1867 se sirve de ella con fervorosa confianza en sus posibilidades, pretendiendo tender un tupido entramado para el control *total* que responde a la consagración de las nuevas formas de vigilancia y seguridad. A través de tenaces tanteos experienciales en aras de las depuraciones políticas, cristalizan los presupuestos de una policía estatal y omnipresente: es el modelo centralista de supervisión del orden público en la periferia mediante el reforzado jefe político-gubernativo y una organización policial en densa progresión llamada a tener a todos los ciudadanos bajo su *especial vigilancia*⁵⁷, ahora que el urbanismo en auge y las renovadas relaciones económico-laborales van dejando obsoleto el solo

55 El art. 24 CP 1850, que pasa a ser el 23 CPC 1975, sufre un solo retoque, de matiz político, sin afectar a la pena encarada: *correcional*, pues. Al art. 42 CP 1850 corresponde casi a la letra el 38 CPC 1875, salvo que en éste de la sujeción a vigilancia del penado se da conocimiento “á la autoridad competente” en vez de “al Gobierno”: “La sujeción á la vigilancia de la autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: / 1^a. Fijar su domicilio y dar cuenta de él á la autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma autoridad dado por escrito. / 2^a. Observar las reglas de inspeccion que aquella le prefije. / 3^a. Adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. / Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la autoridad, se dará conocimiento de ello á la autoridad competente”.

56 Ley de 18 de julio de 1866 cit., arts. 8^o y 9^o.

57 Acúdase a GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, pp. 112-114, 124. Acaso el mejor ejemplo de la entronización de la vigilancia como paradigma de gobernación sea la LOP 1867, v. gr., arts. 1^o a 27, cuya honda significación ha puesto de relieve ALVARADO PLANAS, “La Sección...”, pp. 152-153.

control comunitario –nunca desdeñado en su potencial– que predominó durante todo el Antiguo Régimen. Gómez Bravo caracteriza el final del siglo XIX justamente con la afirmación de que “los intereses sociales apuntan más en la dirección de la vigilancia, del miedo, que de la punición”⁵⁸. Como ápice del entremado, ya nos han ido saliendo las amplias facultades que la Ley de 1867 concedía para la restricción gubernativa de la libertad ambulatoria, con la vigilancia de la autoridad sobre el afectado como primordial recurso de control: en ella, *dura lex*, siempre “sobre todos los comprendidos [...] se ejercerá una especialísima vigilancia”⁵⁹.

En los trabajos preparatorios (pero ya bastante avanzados) de 1869 en el seno de la Comisión de Codificación para la formación de una nueva ley penal sorprende el tratamiento en buena medida novedoso –por diligentemente elaborado– de una sujeción a vigilancia que se mantiene como pena correccional⁶⁰; aun “proponiéndose no variar los principios y método científico del Código, sino sólo reformar lo que juzgara necesario”⁶¹, precisamente uno de los extremos que aborda sin plegarse a su modelo es la dotación a esta

58 GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, p. 23 (*ibidem*, p. 53).

59 Art. 14 LOP 1867.

60 El art. 24 PRCP 1869 vuelve a contener aquí la *escala general*, así como la pena de *sujeción* se define en su artículo 42: “La sujeción á la vigilancia de la Autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: / 1^a. La de manifestar el punto en que se proponga fijar su domicilio á la autoridad judicial, la cual lo pondrá en conocimiento de la administrativa del pueblo en que se encuentre el penado. Cuando éste se halle á disposicion de la autoridad administrativa, ante ella se hará la manifestacion. / Si el penado eligiere por domicilio diferente pueblo del en que se encuentre, la autoridad administrativa le pondrá una hoja de ruta con itinerario señalado, expresando el tiempo que podrá detenerse en los pueblos del tránsito, si él solicitare hacerlo en alguno ó algunos. / 2^a. La de presentarse dentro de las 24 horas siguientes á la de su llegada á la autoridad administrativa del pueblo elegido, que será la inmediatamente encargada de vigilarlo. / 3^a. La de no poder cambiar de domicilio sin ponerlo cinco días ántes en conocimiento de la autoridad administrativa, la cual lo comunicará á la del domicilio elegido, y pondrá al penado hoja de ruta en los términos expresados en el núm. 1^o de este artículo, debiendo de nuevo cumplir lo prescrito en el núm. 2^o / 4^a. La de cumplir las demás prescripciones que los reglamentos establezcan para los sujetos á vigilancia y los de inspeccion que la autoridad prefije. / 5^a. La de adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. / Las autoridades administrativas pondrán en conocimiento de la judicial que haya pronunciado la sentencia, todos los cambios de domicilio del penado”.

61 GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 25.

pena –en palabras de Lasso Gaité– *con una regulación más minuciosa que en el Código antiguo*⁶².

Ante el giro político-normativo que esta próximo a fraguar, se hace preciso decidir si un análisis que ha tomado por objeto precisamente su discurrir histórico por la escala general de penas debe pasar más adelante; pues bien, la respuesta afirmativa y el acometimiento del estudio de la nueva vigilancia *defensista* (consecuencia del delito o complemento de la pena, medida de seguridad) se me imponen con toda certidumbre al pensar en cuánta medida sólo examinando *in integrum* el itinerario que conduce a su eliminación como instrumento de la política criminal podrá comprenderse en profundidad la institución. En el Proyecto que debatieron las Cortes a partir del 30 de mayo y hasta el 17 de junio todavía se sostenía una sujeción a la vigilancia de la autoridad en trance de perder su condición punitiva⁶³, pero, en el ínterin, al perfilar en este último momento su repertorio de penas, el legislador criminal de 1870 optó por desecharla⁶⁴: ya sólo volverá a tener cabida en un

62 LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 425.

63 “Notas” a CP 1870, ed. cit., pp. 48, 66.

64 Entiende SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 224, que se la quiso reemplazar funcionalmente por la pena de caución; mas le encuentra pervivencias en la Ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional y en el Real Decreto dado para su cumplimiento, de 23 de marzo del mismo año; en la Ley de 23 de julio de 1914 de libertad condicional, y su Reglamento del siguiente 28 de octubre. Dispone la “Ley confiriendo á los Tribunales ordinarios la atribución de otorgar motivadamente por sí, ó aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional que deja en suspenso la aplicación de la pena impuesta”, de 17 de marzo de 1908, en *CLE* 31, disp. 233, pp. 643-646, arts. 9º y 10, que “el reo en situación de condena condicional no podra trasladar su residencia sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción ó del municipal donde aquél no existiere” y que “el reo que cambiare de residencia quedará obligado á presentarse ante el Juez de instrucción, ó el municipal en su caso, del lugar á que se hubiere trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada” (y léase su art. 13, sobre el control de la residencia); su reglamento se aprobaba por “Real decreto adoptando las disposiciones convenientes para el mejor cumplimiento de la ley de 17 del corriente sobre suspensión de condenas”, de 23 de marzo de 1908, *ibidem*, disp. 239, pp. 654-656). La Ley de 23 de julio de 1914 cit., de libertad condicional, art. 7º, provee la fiscalización a los liberados “[...] del sitio en que residan, de la ocupación á que se dediquen y de los medios con que cuenten para atender á su subsistencia”, para lo cual “las Comisiones se valdrán de los medios que su filantropía y celo las sugieran para proteger al liberado condicionalmente, para buscarle colocación al salir del Establecimiento penitenciario, para observar su conducta y para proceder, en consecuencia, á la misma” (art. 8º); su desarrollo viene dado por el “Real decreto aprobando el Reglamento para la aplicación de la ley de 23 de Julio del año actual,

código, el singular articulado de 1928⁶⁵, como medida de seguridad, cuando el ordenamiento español se abre a las nuevas construcciones teóricas desarrolladas durante el último tercio de la centuria decimonónica: la peligrosidad y la prevención delictual. Lo cierto es que tal elisión no pareció obedecer a una *communis opinio* ni a clamor doctrinal alguno, toda vez que, entre los análisis del Código de 1848, más allá de la mejorable planificación presente, había gozado de buen crédito y mejores expectativas: “esta pena es proporcionada, reparable, divisible, ejemplar y correctiva”⁶⁶ —la habían saludado Goyena

estableciendo la libertad condicional”, de 28 de octubre de 1914, *ibidem*, disp. 297, pp. 588-602. Lo cierto es que, antes incluso, desde los primeros lucimientos del sistema progresivo, con la libertad condicional como cuarto y postrer grado de cumplimiento, aparece siempre una vigilancia de la autoridad precavida por el R. D. de 23 de diciembre de 1889 cit., “organizando la población penal de Ceuta como colonia penitenciaria”, art. 8º, o por el “Real decreto disponiendo que á la supresión de los presidios penales existentes en los presidios militares de la costa septentrional de Africa, continúen residiendo en Ceuta, si lo desean, los penados que se hallen en el cuarto período ó de circulación libre”, de 22 de octubre de 1906, en *CLEAC* 27, disp. 29, pp. 83-89, cuya fórmula de libertad condicional es de nuevo la “*concesión de residencia*” en *Ceuta ó Melilla*, con una serie de conocidas condiciones: residencia prefijada, obligación de presentarse en determinados períodos, buen comportamiento... (art. 8º), y en la que “el Patronato de libertos, con los medios que la Autoridad le facilite, ejercerá la debida vigilancia” (art. 11). Otra disposición, declarando libertos a los penados de la suprimida colonia ceutí, el R. D. de 2 de agosto de 1914 cit., lo reglamenta así: “Los penados propuestos para libertos designarán para su residencia el sitio en que cuenten con más probabilidades de adquirir con su trabajo medios de subsistencia. / Las Juntas de disciplina, no obstante, expresarán, en cada expediente, su juicio acerca del punto designado. En caso de que tal juicio sea contrario al deseo del penado, le requerirán para que señale otro á satisfacción de la Junta” (art. 4º); “los libertos seguirán dependiendo del establecimiento en que se hallen al pasar á esta situación, y estarán bajo la vigilancia de las Autoridades de la localidad en que residan, especialmente de las comisiones de libertad condicional. / El liberto tendrá obligación inexcusable de dar cuenta cada mes por escrito, y si no supiera escribir, por persona á su ruego, al Director de la prisión, como presidente de la Junta de disciplina que haya propuesto á cada uno, del sitio en que reside, de la ocupación á que se dedique y de los medios con que cuente para vivir honradamente [...]” (art. 8º). Todavía apura el recuento de subsistencias SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 231, dentro del confinamiento o la relegación, mas no se pierda de vista que, en su recordatorio, está pensando en el contenido punitivo de tales penas, que encierra siempre una vigilancia por parte de la autoridad, mas sin que hasta ello se filtre la dogmática de las penas accesorias, las cuales siguen respondiendo a otro concepto, y menos la de las principales.

65 Véase SAINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 247.

66 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 151.

y Aguirre—. Y ya borrada del catálogo penal, si apenas cuatro años después Silvela recordaba esta sanción *tan torpemente suprimida en la última reforma de nuestro Código*⁶⁷, Azcutia carga de frente contra este aumento de *los obstáculos de la gradacion*, rechazando su justificación en la falta de medios porque resultaría entonces “[...] que lo principal [...] se habia subordinado, en esta ocasion, a lo accesorio; esto es, el precepto, en el fondo, á la forma ó manera de su ejecucion, cuando debió ser precisamente lo contrario”; la sujeción a vigilancia, “tambien y sin razon, en nuestro concepto, suprimida” cuando *nada más conveniente á los intereses públicos* —y del propio delincuente— hay que ese *estar a la mira* la autoridad: *poco meditada supresion*, pues, para dejar un *importante vacío*⁶⁸. Ya con la perspectiva de cuatro décadas desde su descarte, Bernaldo de Quirós todavía lamenta que “la ineptitud de los antiguos funcionarios policiales para el ejercicio discreto y eficaz de esta pena, causó su descrédito y su fracaso consiguiente, borrándosela de la lista de las penas en la reforma penal de 1870; aunque, bien organizada y ejercida, pudiera renacer en la forma del sistema inglés llamado de ‘prueba’ (*on probation*), que no es en rigor más que una vigilancia de funcionarios especiales que saben ejercer su misión, más que penal, correccional y preventiva”⁶⁹, donde ya vemos apuntar esas ideas de peligrosidad y recuperación social que estarán en la base de su regreso, de la mano del *dualismo* correccionalista, al sistema político-criminal español. También Saldaña se muestra partidario de la que llama *la más racional de todas las medidas de seguridad complementarias*, aunque *suprimida por un absurdo e incomprensible humanitarismo*; por eso, con la perspectiva del medio siglo transcurrido desde su salida del Código, clama por su vuelta, necesaria, “ante todo, una rehabilitación urgentísima: *la vigilancia de la policía*. Francesa de origen, pero de buena tradición moderna española, fue malamente excluída aquí —como en Italia— en la refor-

67 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 467.

68 [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, pp. 344-345 (*ibidem*, pp. 376, 408-409).

69 CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, “Sujeción á la vigilancia de la autoridad”, en *EJE*, t. XXIX, p. 239; cotéjese con DORADO, *Bases...*, pp. 119-121. Ya SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 431, luego Eugenio CUELLO CALÓN, *La nueva penología*, pp. 644-679, tratan sobre esta herramienta vinculada con la condena condicional y que el segundo, *id.*, *Derecho...*, t. I, p. 675, identifica directamente con la medida de seguridad en que ha acabado reconvirtiéndose la vigilancia judicialmente impuesta, recomendándola con empeño, *id.*, *Penología*, pp. 290-294, para los delincuentes menores de edad. Váyase a José CEREZO/José Luis Díez, “Un nuevo sistema de penas”, *ADPCP* 32.1, pp. 210-212, respecto a la sanción bautizada como *supervisión*, más o menos *similar a la actual de probation*.

ma del 70, y restablecida en nuestras últimas leyes penales especiales. Debe ser restituída al Código”⁷⁰. Más modernamente, Jiménez de Asúa valora esta opción legislativa como una de las ventajas aportadas por aquel Código, en cuanto atajadora de conocidos abusos en la vigilancia de licenciados de presidio, postura ésta que aborda la pena por su concreción ejecutiva, deplorable en los efectos más que por defecto intrínseco alguno⁷¹. Pero es lo cierto que la supresión resultó incluso motivo de determinadas distorsiones de alcance judicial, resueltas en casación, consistentes en el pronunciamiento de varias sentencias que pretendieron seguir imponiendo una vigilancia eliminada sin ambigüedad de la batería penológica del ordenamiento⁷². La supresión fue idea de la comisión de las Cortes que inspeccionaba el proyecto ministerial y el Congreso, más preocupado por los controvertidos delitos de imprenta, se conformó sin discrepancia: considerándola aquélla ineficaz, descuidada por la autoridad y vejatoria para un penado desasistido en su marginación⁷³, parece anticipar modernas especulaciones criminológicas, como el paradigma del *control social* o la perspectiva del *etiquetado* o *labeling approach*⁷⁴. Curiosamente, una norma de idéntica fecha que el Código, la Ley de Indultos de 1870, engloba la sujeción a la vigilancia de la autoridad entre las penas accesorias que, excepcionalmente, para el indulto, “no se tendrán por comprendidas, si de ellas no se hubiese hecho mencion especial en la concesion”⁷⁵; y apenas un

70 SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, pp. 228-229; *id.*, “La reforma...”, p. 108.

71 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. I, pp. 763-764.

72 PANTOJA, *Repertorio...*, p. 625 (sentencias de 16 de marzo de 1872 y 23 de marzo de 1872); en la misma línea, MEDINA/MARAÑÓN, “Código...”, p. 27, ALEU, *Código...*, p. 81 (sentencia de 18 de febrero de 1885), y SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos...*, t. I, p. 431.

73 “Dictamen de la Comisión sobre reforma del Código Penal”, de 10 de junio de 1870, en CP 1870, ed. cit., p. 2: considera la Comisión como la más importante de las *ligeras modificaciones* introducidas en el proyecto la de “[...] borrar del catálogo de las penas la de sujecion á la vigilancia de la autoridad, por ineficaz en la generalidad de los casos, porque la autoridad y sus agentes no se cuidaban gran cosa de ella, y porque nunca fué más que una vejacion para el penado cumplido, que muchas veces le cerraba la puerta para dedicarse á trabajos honrosos con que poder asegurar su subsistencia y huir del camino del crimen, al que siempre les conduce sin querer el ócio, la pobreza y los vicios”. Y “decía bien la Comisión”, en opinión de NÚÑEZ BARBERO, *La reforma...*, p. 21 –apuntemos por contrapesar en algo los juicios de Silvela, Azcutia, Bernaldo de Quirós y Saldaña, según notas IX/67 a IX/69–.

74 Véanse, por todos, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, pp. 783 y ss.; o Vicente GARRIDO *et al.*, *Principios de Criminología*, pp. 388 y ss.

75 Art. 6º de la “Ley provisional, estableciendo reglas para el ejercicio de la

par de meses antes la Ley de Orden Público había acudido, contra los autores y jefes de rebelión, sedición o desorden que se rindieran pero fuesen reincidentes, a la pena que el inminente Código estaba a punto de repudiar: “los reincidentes quedarán sujetos á la vigilancia de la Autoridad por el hecho de serlo”⁷⁶. Lo cierto es que en el ámbito general, “no figurando entre las penas señaladas por el Código la de sujeción a la vigilancia de la autoridad, es impropcedente imponerla”⁷⁷ como medio para cubrir necesidades penitenciarias que a partir de entonces quedan un tanto *al raso*.

Dejé reseñado cómo desde la promulgación del Código de 1870 hasta el advenimiento del que en 1928 habría de sucederle se vive un período, fundamentalmente hasta el cambio de centuria, de auténtica fecundidad proyectista. Bastantes de tales propuestas, apoyadas sobre el texto entonces vigente, no volvían a acordarse de la desaparecida pena, así el denominado Proyecto de Álvarez Bugallal (de 1880)⁷⁸, o los de leyes de bases de Alonso Martínez (1886/87)⁷⁹, de Ugarte Pagés (1905)⁸⁰ o de Ruiz Valarino (1911)⁸¹, por citar

gracia de indulto”, de 18 de julio de 1870, en *CLE* 103, disp. 369, pp. 901-905. Véase PACHECO, *El Código...*, p. 360.

76 LOP 1870, art. 21, párr. 3º.

77 ALEU, *Código...*, p. 81 (sentencia de 18 de febrero de 1885).

78 Confiesa su preámbulo (‘Á las Córtes’, ed. cit., p. 1097) que “siendo su principal objeto poner en armonía las prescripciones del Código penal con los preceptos de la Constitución [de 1876], escasas son en número, aunque no ciertamente en importancia, las modificaciones propuestas en el libro primero”, por eso no era previsible que reencontráramos en él la sujeción a vigilancia. Véase ANTÓN ONECA, “Los proyectos...” , pp. 250-252.

79 Si bien, LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 549, recoge el dato de la enmienda presentada por el senador Antonio Mena Zorrilla (pero en el Congreso “el dictamen de la Comisión [...] modificó ampliamente el aprobado por el Senado” –*ibidem*, p. 563–) en demanda de “que se fijasen los casos en que cumplida la pena, debe quedar sujeto el liberto a la vigilancia de la autoridad”.

80 “Reforma del Código penal. Proyecto de Ley” cit., pp. 589-592.

81 PLB 1911, cuya base 17 se consagra a “la simplificación de la escala de penas” de conformidad con lo anunciado por el ministro en el precedente discurso de apertura de los tribunales (1910), cuando no faltó una referencia a la *vigilancia* que proporciona pistas alrededor de su abandono legislativo y su renuente recuperación: “la sujeción a la vigilancia de la autoridad, no es más que una limitación de la libertad, que consiste en la obligación de presentarse periódicamente donde se indique y participar sus cambios de domicilio. Se circunscribe además [...] a aquellos penados que por sus antecedentes o por las circunstancias del hecho inspiran fundada desconfianza de corrección. Está inspirada en una dirección más defensiva del orden social y dar entrada a la prevención sin desna-

tan sólo algunos con que amojonar esta etapa. Mas había de resurgir, en una pirueta guadianesca, con el plausible Proyecto *Silvela* de 1884, en donde, no vedosamente, “no tiene la sujecion á la vigilancia de la autoridad carácter de pena; es una relacion excepcional que se establece entre el Estado y el individuo como defensa y prevencion contra actos de éste; su legitimidad y su conveniencia son evidentes” y quiere el redactor conferirle sustantividad *como natural complemento de la pena*, esto es: “no tiene la sujecion á la vigilancia de la autoridad carácter de pena; es una relación excepcional que se establece entre el Estado y el individuo como defensa y prevencion contra los actos de éste”⁸². Tal vigilancia de la autoridad que no encuentra acceso a la escala punitiva, pero que aún no adquiere timbre de medida de seguridad, aun siéndolo ya en efecto⁸³, pone todo el acento en la restricción domiciliaria, con el contenido ya asimilado, al que ahora se adiciona una suspensión parcial del derecho a la inviolabilidad del domicilio al venir facultada la autoridad gubernativa para penetrar en el del sujeto sin el requisito de la autorización judicial⁸⁴. Si la mayor parte de sus innovaciones pasarán en 1914 al Código

turalizar la función punitiva. Tiene precedentes que la hacen odiosa y la opinión pública la recibiría de fijo con repugnancia, por entrar en la esfera gubernativa. La vigilancia posterior es un sello infamante que inhabilita al que la sufre y le señala como un ser peligroso. Es más justo y más cristiano dar impulso a las sociedades de protección, a los Patronatos de presos y libertos” (en LASSO GAITE, *Codificación penal*, v. I, p. 603).

82 Presentación del PCP 1884 como proyecto de ley “Á las Córtes”, pp. 30-32, en fragmento del mayor interés que la plantea, pues, “[...] como natural complemento de la pena en delitos que afectan á la propiedad y tranquilidad de los ciudadanos laboriosos, y justa defensa, sin violencias ni arbitrariedades, contra los que viven en perpétua hostilidad con la propiedad y el trabajo honrados”, *aplicándola especialmente á la represion de la vagancia...* Al hacer referencia la disertación, en apoyo del restablecimiento de esta institución, a *la amplitud y eficacia que tiene en otros países, especialmente en Italia*”, pudiera pensarse que la medida resultaba inédita en el ordenamiento español anterior a tales influencias de Derecho comparado, de no tener conocimiento de la *antigua legislación*, ciertamente persuadida de su aptitud para conjurar la vagancia, egipcia o no.

83 Véase la valoración, en cuanto prefiguración de las medidas de seguridad, de ANTÓN ONECA, “Los proyectos...”, pp. 263-264, entre *lo más original del proyecto que estudiamos*; por igual, en CEREZO MIR, *Curso...* p. 138, como uno de sus *aciertos más destacados*.

84 Arts. 40.4º y 71 PCP 1884. El primero enuncia: “Los tribunales acordarán tambien en las sentencias, como consecuencia del delito ó como complemento de la pena [...] sujetar á la vigilancia de la autoridad á los delincuentes condenados á penas afflictivas de privacion ó restricción de libertad” y a los reos de determinados delitos tasados a conti-

Penal del Protectorado marroquí, por lo que atañe a la *vigilancia de la autoridad*, este transvase va a producirse prácticamente a la letra.

Al remitir la comisión redactora su proyecto de Código para Cuba y Puerto Rico el año 1879, certificaba haber seguido de cerca el ordenamiento peninsular, “no alterándole ni modificándole sino en cuanto lo exigiesen imperiosamente las condiciones especiales de nuestras provincias ultramarinas”⁸⁵: una de esas modificaciones resultó ser la inclusión, en el precepto relativo a la escala general de *las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código*, de aquella *sujecion á la vigilancia de la Autoridad* que el corpus matricial había arrumbado nueve años atrás, aparejando ahora al convicto idénticas obligaciones que en 1848 y 1850, hasta el punto de recuperarse a la letra lo allí preceptuado, con las solas enmiendas de transformarla –correcional que había sido– en accesoria y de acumular para el juez o tribunal el deber de dar conocimiento de la imposición, no sólo al Gobierno, sino además al gobernador general de las islas⁸⁶. Un lustro más tarde, el Código Penal para las islas Filipi-

nuación. Y describe el segundo precepto: “La sujecion á la vigilancia de la autoridad durará el tiempo que se señale en la sentencia, sin que pueda exceder de ocho años ni bajar de dos, contados desde la extincion de la pena de privacion de libertad, si la hubiere, y producirá los efectos siguientes: / 1º. Obligar al que la sufra á poner en conocimiento de la autoridad superior gubernativa de la provincia el lugar en que fije su residencia y de la autoridad superior local la habitacion en que tenga su domicilio; á no poder cambiar de residencia ni domicilio sin ponerlo en conocimiento de las autoridades respectivas, y á presentarse á la autoridad local del pueblo en que resida, siempre que sea llamado. / 2º. Facultar á las autoridades gubernativas para penetrar y practicar registros ó pesquisas en el domicilio del condenado, de día ó de noche, sin autorizacion judicial. / Si el reo fuere vago, ó reincidente en delitos que dén lugar á la sujecion á vigilancia, los tribunales podrán declararlo sujeto á vigilancia especial; y en este caso, el Ministro de la Gobernacion podrá, además, prohibirle residir en poblaciones de más de cierto número de habitantes, ó señalarle el pueblo de su naturaleza ú otro como lugar fijo de residencia, durante el tiempo de la condena. En el mismo caso, si el reo fuere extranjero, el Ministro de la Gobernacion podrá expulsarlo perpétuamente del territorio español”.

85 “Informe...”, en R. D. de 23 de mayo de 1879 cit., p. 928.

86 Arts. 24 y 42 CPCPR 1879, rezando éste segundo: “La sujecion á la vigilancia de la Autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: / 1ª. Fijar su domicilio y dar cuenta de él á la Autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma Autoridad, dado por escrito. / 2ª. Observar las reglas de inspeccion que aquella le prefije. / 3ª. Adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. / Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno

nas hace lo propio y da cabida a la misma pena del año 1848, pero en calidad de accesoria⁸⁷ y con el añadido último de la versión cubanoportorriqueña a su descripción (en buena lógica, siendo igualmente el gobernador general la máxima autoridad isleña)⁸⁸. Así, la consigna que embridaba las comisiones de Ultramar –*intervención mínima* sobre la redacción general o metropolitana del Código– tradújose en que el único cambio en la escala general de penas radicara en esta readmisión de la *sujeción á la vigilancia de Autoridad* entre las accesorias, auténticamente justificado por el control conveniente sobre ciertos reos, por la facilidad de la ejecución, por los resultados en el Derecho comparado o por un designio preventivo de defensa de la sociedad filipina⁸⁹. La vigilancia penal pasó del Proyecto de los hermanos Silvela al Código hispano-marroquí de 1914, aunque no sin su cuota de retoques. Dos preceptos de éste se reparten la configuración de su sujeción a vigilancia: en uno, “los Tribunales acordarán también en las sentencias, como consecuencia del delito o como complemento de la pena [...] sujetar a la vigilancia de la Autoridad a los delincuentes condenados a penas aflictivas de privación o restricción de libertad”, sumándoseles los condenados por ciertos delitos que se relacionan y que no son exactamente los mismos que en 1884⁹⁰, según expondré en el epígrafe consagrado al estudio de los tipos delictivos punidos. El otro artículo sigue el Proyecto de los Silvela, aunque con algunos recortes: los que desvanecen ciertas potestades gubernativas acerca de la domiciliación de los vagos⁹¹.

y al Gobernador general”. El “Informe de la Comision...”, p. 932, justifica: “la distancia á que se hallan estas Islas del poder central, y el prestigio que tradicionalmente goza y de que tanto há menester el Gobernador general, no permitian colocar á éste al nivel de los Gobernadores de las demas provincias del Reino: la más vulgar prudencia aconsejaba, de acuerdo con la tradicion y las costumbres, amparar su autoridad en determinados casos”.

87 El art. 25 CPF 1884 desarrolla su escala penológica.

88 Art. 43 CPF 1884: “La sujeción á la vigilancia de la Autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes: / 1^a. Fijar su domicilio y dar cuenta de él á la Autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma Autoridad, dado por escrito. / 2^a. Observar las reglas de inspección que aquélla le prefije. / 3^a. Adoptar oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia. / Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno y al Gobernador general”.

89 “Exposición de la Comisión...”, pp. 21-22.

90 Art. 31.4^o CPPM 1914, correspondiente al número 40.4^o PCP 1884.

91 Procedente del 71 PCP 1884, art. 53 CPPM 1914: “La sujeción a la vigilancia de la Autoridad durará el tiempo que se señale en la sentencia, sin que pueda exceder de ocho años ni bajar de dos, contados desde la extinción de la pena de privación de libertad,

A la Ley penal marroquina le cupo una andadura que, ciertamente, de haber conceptualizado la *vigilancia* como pena, desdeciría la caracterización de la sujeción a vigilancia de la autoridad como *pena decimonónica*: si vino a nacer entrado ya el siglo XX, iba a prolongar su vigencia –y en su seno, por tanto, la sujeción a vigilancia– hasta la concesión en 1956 de la independencia a la zona española del Protectorado.

Se ha visto adentrarse la sujeción a la vigilancia de la autoridad en el siglo XX en un texto original (inspirado por el Proyecto *Silvela*) cuya teoría y cuya técnica son españolas, pero sin aplicación nacional. Como quiera que fuere, la reaparición peninsular de la *vigilancia*, a través de esa novedosa categoría de *consecuencia del delito o complemento de la pena*, tenía bastante de previsible y no va a tardar mucho, con efecto, en reaparecer acoplada, pero ya como medida de seguridad, en el Código de la Dictadura de Primo de Rivera⁹², corpus en el cual mantuvo *grosso modo* la denominación (ahora, en vez de *sujeción*, un *sometimiento* que aún derivará en *sumisión*), ya que no la naturaleza categóricamente punitiva⁹³. La Comisión de Codificación planteóse su acogimiento, pero en ningún momento como pena, sino como medida, y aun esto último lo desechó en algún momento (así, en el Proyecto

si la hubiere, y producirá los efectos siguientes: / 1º. Obligar al que la sufra a poner en conocimiento de la Autoridad superior gubernativa el lugar en que fije su residencia y de la Autoridad superior local la habitación en que tenga su domicilio; a no poder cambiar de residencia ni domicilio sin ponerlo en conocimiento de las Autoridades respectivas, y a presentarse a la Autoridad local del pueblo en que resida siempre que sea llamado. / 2º. Facultar a las Autoridades para penetrar y practicar registros o pesquisas en el domicilio del condenado, de día o de noche. / Si el reo fuere vago o reincidente en delitos que den lugar a la sujeción a vigilancia, los Tribunales podrán declararlo sujeto a vigilancia especial”.

92 Art. 71 CP 1928: “El estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, constituye peligro social criminal”, basamento de peligrosidad sobre el que erigir el armazón de la seguridad para el edificio de las medidas postdelictuales, de manera que “en las sentencias condenatorias, podrán los Tribunales hacer declaración de peligro social criminal cuando resulte de la especial predisposición del delincuente probabilidad de volver a delinquir, dictando en tal caso las medidas de seguridad procedentes”; “no se reputarán penas [...] las medidas de seguridad”, por lo demás (art. 86.2º). Consúltense MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 53, sobre un *centro de gravedad* ahora puesto –para pasar así a las Leyes de 1933 y 1971– en *la peligrosidad predelictual, sin referencia a la previa comisión de un delito*.

93 Léase la tesis de SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 324; o a SALDAÑA, “Adiciones”, t. I, pp. 488-489, disertando sobre infracciones que no son delitos y sanciones que no son penas y “[...] que debieron ser siempre extrañas al Código”.

resultante)⁹⁴, si bien a la postre se le acabó haciendo sitio (entre las medidas, por supuesto) en la versión definitiva que resultó promulgada. Previamente, un proyecto de Ley de bases de la propia Comisión, debido a su vocal Quintiliano Saldaña, planeaba, en 1921, que “a las penas se añadirá, en el siguiente capítulo, la lista de ‘medidas de seguridad’; incluyendo, entre las de privación de libertad, las de vigilancia de la policía [...]”, más otras muy propincuas como la *residencia y domicilio intervenidos* o una *tutela penitenciaria, en dependencia de un establecimiento, como complemento de pena*, y a renglón seguido emitía una valoración del proceso de reconversión que la sujeción a vigilancia se encontraba atravesando: “ha de hacerse especial reglamentación, en el Proyecto, de la ‘alta vigilancia especial de la policía’; que desde 1833 pertenece a la tradición constante de nuestra legislación penal –sólo interrumpida por un manifiesto error de 1870– que existe en casi todos los Códigos penales, Proyectos y Anteproyectos del mundo; a la que volvieron, acertadamente, nuestras leyes de condena condicional, libertad condicional y Código de Marruecos; cuyo restablecimiento, como ‘sujeción a la vigilancia de conducta’, es un acierto del más reciente Proyecto de reforma”⁹⁵. Un año

94 Exposición de motivos del PCP 1927, en “Primera parte, no impresa...”, p. 13: “no olvidó la Comisión el sometimiento del penado a la vigilancia de la Autoridad; pero tras amplia deliberación acordó no incorporarla al Código. Únicamente en el art. 111 se autoriza al Tribunal para ordenar que sean advertidas las Autoridades gubernativas del licenciamiento de un penado peligroso, por si éstas entendieren que debe ser sometido a vigilancia especial. En cambio, en el Proyecto se establece la prohibición de que el reo, al extinguir su condena, vuelva a residir en el lugar en que cometió el delito o en que residían la víctima o su familia”. Queda fuera, efectivamente, de la docena de medios que trae el art. 93 PCP 1927, sobre “[...] las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código”, mas, al cabo, aparecerá recuperada en el texto que recibió solemne sanción legal casi un año más tarde, tras la tramitación ante la Asamblea Nacional y la *última palabra* gubernamental: y es que ya avisaba el ministro a aquélla de su estatus meramente informativo y de que el gabinete se arrogaba toda la potestad decisoria (*ANDS*, n.º 17, de 27-III-1928, p. 653; *ibidem*, n.º 20, de 30-III-1928, p. 779). Preparado por la Comisión General, el Proyecto fue remitido a la Asamblea, en cuyo seno se elaboró un “Dictamen de la la Sección Quinta, ‘Codificación Civil, Penal y Mercantil’, sobre el Título Preliminar y Libro Primero del Proyecto de Código penal”, en *ANDS*, n.º 13, de 14-II-1928, apd. 4.º, dictamen que celebra en el proyecto “[...] la más prominente novedad: frente a las penas, de cruel abolengo, las modernas, humanas, medidas de seguridad”, si bien “la lista de posibles medidas de seguridad no es completa” (p. 3). Véase MARTÍNEZ-ALCUBILLA BORONAT, *Código...*, p. 32.

95 PLB 1921, b. 17. Debe de aludir la fecha *ad quem* de esa *tradición constante*

antes, Saldaña, que había elucubrado ya su particular y defensorista antepropuesta de reforma, reprobaba semejante erradicación del Código, juzgando la *rehabilitación urgentísima*, y tal obraba él en ese texto de científica índole, bajo el dictado de *alta vigilancia especial de la policía* y al lado de las medidas de alguna manera concomitantes arriba aludidas⁹⁶, resaltando su sanción al incumplimiento de reglas con la detención provisional⁹⁷, siempre expedito

de Saldaña a la Real Cédula de 28 de septiembre de 1833 “Por la cual se manda que la Policía general del Reino se organice de nuevo, conforme á lo establecido en Real Decreto de ocho de Enero de mil ochocientos veinte y cuatro, y con las declaraciones que se expresan”, en *DRFE* 18, pp. 231-234, la cual repone en su integridad otra “Real Cédula de S. M. y Señores del Consejo”, de 13 de enero de 1824, “Por la que se manda guardar y cumplir el Real decreto inserto comprensivo de las reglas que han de observarse en el establecimiento de la Superintendencia general de la Policía del Reino, con lo demas que se expresa”, en *DRNSF* 8, pp. 49-63 (véase GÓMEZ BRAVO, *Crimen...*, p. 55); esta primigenia norma de 1824 había sufrido la reforma que por aquélla de 1833 se estaba ahora suprimiendo en virtud de la Real Cédula de 19 de agosto de 1827 “Por la cual se manda guardar y cumplir el Real decreto inserto en ella, modificando el de 8 de Enero y reglamento de 20 de Febrero de 1824, relativos al establecimiento de la Policía general del Reino, y haciendo variaciones y aclaraciones que se contienen en el mismo”, en *DRNSF* 12, pp. 169-173. Lo más cercano a la vigilancia de la autoridad que encuentro en estas disposiciones es la atribución del artículo 14.3^a de la Real Cédula de 1824: “Ademas de estas atribuciones privativas [art. 13], tendrá la Policía otras, que desempeñará acumulativamente”, entre las que se previene “observar á los criados desacomodados, á los artesanos sin trabajo, á los individuos que no tengan ocupaciones capaces de mantenerles, y á los que aun teniendo algun caudal ó ejercicio útil, se crea prudentemente que no pueden sostenerse con sus productos”, competencia respetada en 1827 (art. 21) y reafirmada en 1833 (art. 4^o); no es gran cosa y, desde luego, no justifica el *antecedente* de Saldaña, quien pudo quizá haberse remontado con mayor fundamento –pero no sin las oportunas reservas– hasta la Real Cédula de 1784 referente a vagos y la Real Orden de 1786 relativa a presidiarios cumplidos, o más allá, hasta la antigua legislación sobre gitanos que consignaba *supra* (en torno a la problemática del *precedente histórico* en la historiografía jurídica, véyase a PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso...*, pp. 286-288).

96 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 108 y 112 (art. 69 ACP 1920).

97 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 113-114 (art. 71 ACP 1920): “Aquel a quien se imponga la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligación de dar cuenta de su modo de vivir a la autoridad local judicial, y de presentarse a ella personalmente en los períodos que ésta le prevenga. Si cambiare de residencia, quedará obligado a presentarse ante el Juez de instrucción, o el municipal en su caso, del lugar a que se hubiere trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada. Si no lo hiciere, quedará detenido provisionalmente; y si gozaba de los beneficios de la condena condicional, los perderá, quedando sin efecto la suspensión de la condena o la liberación”.

por la dependencia o asignación del vigilado a un establecimiento de tutela penitenciaria⁹⁸.

Preciso se hace inquirir la entidad de las medidas en que la pena hasta aquí enfocada se reconvierte⁹⁹ conforme *al principio de defensa social* que, autorizando *las declaraciones de delincuencia habitual y peligro social criminal*, reconocía la comisión redactora en su exposición de motivos de 1928 como una de las directrices inspiradoras¹⁰⁰: a su arrimo, “se otorga desarrollo conveniente a las medidas de seguridad, más confiadas que las penas, al arbitrio judicial, que la más exacta individualización y apreciación de las causas de inimputabilidad y de justificación, de las circunstancias de las infracciones y de las condiciones de los infractores, indica como de notoria conveniencia”¹⁰¹. Aunque el genesíaco Proyecto de 1927 quiso censurar la vigilancia de la autoridad y prescindir de su concurso, “[...] se deslizaba en el capítulo de las medidas de seguridad sin llevar tal nombre y en el Código acrece [...] la enumeración de estas medidas”¹⁰² y la lectura de su nueva articulación ofrece, a mi entender, las claves del proceso de disolución de esta pena en el contenido de las que permanecen: ahí se halla el eslabón que explana y encadena su pre-

98 SALDAÑA, “La reforma...” [136], p. 115 (art. 79 ACP 1920): “El sometido a tutela penitenciaria, vivirá dependiendo del Establecimiento a que esté asignado, ya para su reingreso, si fuese liberado condicional, ya para buscar ayuda y consejo, en caso de desgracia”. Respecto del varias veces condenado a pena de libertad, “cuando las autoridades competentes estimasen que el corrigiendo no necesitaba ya del internado, podrán concederle la libertad condicional, bajo vigilancia tutelar, comunicándole instrucciones” (*ibidem*, p. 116 [art. 84, párr. 2º]).

99 Véanse, por ejemplo, sobre los sistemas penales *dualistas* o *de doble vía*, Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 107; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal: parte general*, pp. 140-146; Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones de derecho penal*, v. I, p. 213; Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, pp. 59, 195-197; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 52.

100 SAN MARTÍN LOSADA, *El Código...*, pp. 36, 45 y ss.

101 “Exposición” del CP 1928, p. 31. A este respecto, identifica SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, pp. 216-217, dos estirpes de medidas: unas *educativas* y otras *protectoras*. Las hay “[...] unas anexas a la declaración de inimputabilidad, otras de ejecución coincidente con el cumplimiento de la pena y otras de ejecución posterior a tal cumplimiento, y de esperar es que los acuerdos que los Tribunales adopten en esta materia, no sólo mejorarán la condición individual de muchos delincuentes, sino que contribuirán eficazmente a evitar la extensión de plagas tan dañosas para la sociedad como el alcoholismo y la vagancia” (“Exposición” del Código Penal de 1928, p. 31).

102 ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes...*, pp. 23, 25.

sencia dentro del arsenal punitivo de la codificación primera con su desaparición sustantiva en España a partir de las leyes penales finiseculares¹⁰³. Tras ser enunciado *el sometimiento del delincuente a vigilancia de la Autoridad* al término de la relación de *medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este código*, se despliega en él tal previsión concretando que “los tribunales, en los casos en que por la gravedad del delito o condición del delincuente lo consideren oportuno, podrán acordar en las sentencias que, por los encargados de su ejecución, cuando aquél haya cumplido la pena, se advierta a las Autoridades gubernativas el peligro social que represente, por si éstas entendieren que, dentro de sus facultades, deben adoptar medidas de vigilancia especial”¹⁰⁴.

Como hijo del Código de 1870, el de 1932, respetuoso con la habilitadora Ley de Bases¹⁰⁵, desconocía la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad sin dar tampoco entrada al moderno concepto de las medidas de seguridad, falla que fue cubierta por la famosa *Ley de vagos y maleantes*. Como arriba expuse, tuvo ésta un par de proyectos previos: en el primero el catálogo de medidas no iba más allá de los tres elementos, pero en cada caso restrictivos de la libertad ambulatoria y traspasados de una vigilancia de la autoridad que casi se nos aparece como la cierta y única medida o complemento de pena, sin carecer tal vigilancia de nada de lo que tuvo en su recorrido punitivo: control domiciliario, trabajo u ocupación, buena conducta, reglas especiales¹⁰⁶. Mucho de esto se perdía, sólo un par de meses más tarde,

103 Atiéndase a CUELLO CALÓN, *Penología*, pp. 250-251.

104 Arts. 90.13 y 107 CP 1928; ese art. 90 CP 1928 se corresponde con el 93 PCP 1927, donde faltaba el *sometimiento a vigilancia*, y el segundo precepto deriva del proyectado con el nº 111. Asimismo, se instruye por el Código al tribunal para que, de apreciar en el condenado una *disminución en la conciencia para comprender la injusticia de los actos, o en la voluntad para obrar de acuerdo con aquélla*, disponga “que por la Administración se le haga objeto de especial vigilancia” por si se hiciera necesario su internamiento en un manicomio judicial (arts. 65.1ª y 96 CP 1928).

105 LBCP, b. 6ª.

106 Primer Proyecto LVM 1933, art. 7º: “Los individuos comprendidos en la presente ley, una vez extinguida la pena que les hubiere sido impuesta o desde la sentencia, si no fuere aquélla de privación de libertad, quedarán, como complemento de la misma, sometidos a las medidas de seguridad acordadas por los Tribunales. / Dichas medidas podrán ser las siguientes: / 1ª. Obligación de declarar su domicilio habitual, de justificar su residencia constante en el mismo y de probar la licitud de su trabajo u ocupación. / 2ª.

en el segundo proyecto de ley de vagos, en el cual la sumisión a la vigilancia de la autoridad entraba, como medida de cierre, al repertorio prevenido, de donde pasó al definitivo texto legal con el designio de “tutelarlos y protegerlos [a los peligrosos] por órganos adecuados y aptos de la autoridad, proporcionándoles un trabajo eficaz y correctivo”¹⁰⁷. Es así como, dentro de la panoplia de arbitrios utilizables, se retoma en 1933 la sumisión a la vigilancia de la autoridad, prevista a continuación para todas las categorías de sujetos peligrosos, ora como medida final cuando el cumplimiento fuere sucesivo, ora como simultánea a las otras¹⁰⁸.

Según he adelantado y de sobra es sabido, la Ley de Peligrosidad vino a derogar en 1970 la *relativa a vagos y maleantes*, pero antes de ocuparme de aquélla quiero detenerme con brevedad en el falangista *Anteproyecto de Código Penal* de 1938, que sorprende a Casabó por “el extraordinario subjetivismo del anteproyecto que otorga gran importancia a la peligrosidad de los sujetos, hasta el extremo de prever medidas de seguridad a todos los condenados e incluso a quienes se hayan beneficiado de una eximente”¹⁰⁹. En

Prohibición de residir en las localidades o territorio que el Tribunal determine. / 3ª. Confinamiento en territorio o localidad determinada. / Respecto de los sujetos a estas medidas, la Autoridad podrá comprobar la asiduidad del trabajo u ocupación, así como la residencia y buena conducta. En ningún caso podrán ser autorizados para el uso de armas de ninguna clase. / La vigilancia tendrá carácter tutelar y de protección. Cuando observen buena conducta y según su respectiva capacidad, la autoridad encargada de la vigilancia cuidará, en lo posible, de proporcionarles trabajo siempre que lo solicitasen”.

107 “Dictamen de la Comisión...” LVM 1933, p. 2, cuya redacción se debe a Mariano Ruiz-Funes.

108 Arts. 4º.7ª y 6 LVM 1933. No contentada esta ley con la mera enunciación o puesta de la medida a disposición del juzgador, la desarrolla por extenso pautando que “la vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter tutelar y de protección”, que “los delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su actitud y conducta, a los sujetos a su custodia”, y que “la duración de esta medida será de uno a cinco años, y podrá ser reemplazada por caución de conducta”, sin que puedan *ser fadores los ascendientes, descendientes y el cónyuge* (art. 4º.7ª LVM 1933); “los sujetos peligrosos sometidos a vigilancia de la Autoridad, estarán obligados a cumplir las disposiciones que los Delegados adopten en uso de sus atribuciones tutelares” (es la “observancia de las reglas impuestas por la autoridad” de que trataré al diseccionar el contenido de la pena); luego, “si las desobedecieren reiteradamente o demostraren con sus actos la ineficacia de la medida, el Tribunal la revisará y podrá sustituirla por la de internamiento” (art. 17, párrs. 11º y 12º LVM 1933).

109 CASABÓ RUIZ, “Estudio...” [a AFCP 1938], p. 5.

efecto, recuperando en este punto la organización del Código de la Dictadura antecedente, acoge en su articulado, cabe las clásicas penas, una escala general de medidas de seguridad y, entre éstas, cierta *sumisión a la vigilancia de la Autoridad o delegados*¹¹⁰ (tomada –declara su Preámbulo– de la Ley de Vagos¹¹¹); pasa con esto a abrir un capítulo para ocuparse *de la duración y efectos de las penas y medidas de seguridad*¹¹², pero, dentro de él, de estas últimas no dirá más... Por cuanto que mediante la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 se optaba por una legislación continuativa, en consonancia con esta predisposición, aceptó casi *ad pedem litterae* –apenas unas leves variaciones gramaticales– la hechura de aquella sumisión a la vigilancia de la autoridad que, si en 1933 era medida de seguridad no más, se quería conservar ahora transformada, junto al resto, en medida de seguridad y rehabilitación social, “más en línea con la terminología moderna, [...] al señalar como objetivo el primordial compromiso de reeducar y rescatar al hombre para la más plena vida social”¹¹³.

Tal ha sido la postrera aparición de la *vigilancia de la autoridad* (pena o medida; sujeción, sometimiento o sumisión) en el ordenamiento jurídico hispano¹¹⁴. Si el Código Penal de 1870 la borró de la escala general de

110 AFCP 1938, art. 27. A despecho del elenco consignado, con dejarla abierta *in fine* a la ampliación analógica, dicha “[...] escala se coloca íntegramente en manos de la Magistratura para que, con mira de evitar la reincidencia, elijan [*sic*] la medida más adecuada a la individualidad del reo” (‘Preámbulo’, *ibidem*, pp. 46-47). Nada hay, en cambio, sobre *vigilancia de la autoridad* en la otra propuesta legislativo-penal de la época, el PCP 1939.

111 ‘Preámbulo’ del AFCP 1938, p. 47.

112 AFCP 1938, lib. I, tít. III, cap. III.

113 “Ley 16/1970” [exordio], p. 12552. La medida escudriñada figura en el índice del artículo 5.14^a LPRS 1970. Hubo, antecedente a esta ley, pero de elaboración privada y presentación en foros congresuales, el de CASTEJÓN, “Anteproyecto...”, pp. 139-151, el cual, en su artículo 3^o.5 prevé al medida de seguridad consistente en la “sujeción a la vigilancia de la Comisión a que se refiere esta ley [art. 11: ‘Comisión especial que queda investida con la facultad de determinar las medidas de seguridad aplicables a cada caso, y asimismo para revocar la declaración de peligrosidad’]. La Comisión proveerá respecto al modo de subsistencia del vigilado”.

114 En un *texto de trabajo* de la Comisión General de Codificación, el ABCP 1972, nacido sin “el carácter de un texto de bases elaborado y aprobado por la Comisión” (p. 722), ya no figura la vigilancia de la autoridad en su base séptima, no entre las penas (b. 7^a, apart. 5), pero tampoco entre las siempre postdelictuales medidas de seguridad (b. 7^a, apart. 8), aunque mencione luego, de éstas, las *que consisten en internamiento o sumisión a vigilancia* (b. 7^a, apart. 10): para CEREZO MIR, “Informe...” sobre ABCP 1972, *ibidem*, p.

penas –después sólo resucitada como tal pena para Ultramar o como simple *complemento*–, el Código de 1995 (que ha vuelto a ensayar la solución estructural de 1928 de admitir las medidas de seguridad en su seno, al lado de los medios punitivos) expulsa asimismo este mecanismo de su catálogo de *medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código*¹¹⁵, positivando una tendencia en a que ya reparara un siglo antes Aramburu y Zuloaga: la restricción domiciliaria, entre las medidas de seguridad defensistas, como recambio y superación de la *vigilancia*¹¹⁶. La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 ideaba una nueva pena que incorporar a la escala general: se trata de *la localización permanente*¹¹⁷, clasificada entre las privativas de libertad y de algún modo reminiscente de lo que durante casi un par de siglos se había llamado *vigilancia de la autoridad*: por el espíritu que la anima, por su repercusión sobre la libertad. Pero, más próxima aún, he aquí que la Ley Orgánica 5/2010, ultimísima puesta al día del Código de 1995, suma una en principio nueva medida de seguridad: entre las no privativas de libertad luce ahora *la libertad vigilada*¹¹⁸, “[...] cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta [...] tendentes no solo a la protección de las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente”¹¹⁹, conforme lo expresa la exposición de motivos de la ley orgánica introductora en el Código Penal de una medida conglutinante y “consistente en el sometimiento del condenado a control judicial a través de la obligación de cumplir alguna o algunas de

784, un *retroceso*. Este borrador infecundo portaba un augurio de la efectiva desaparición de la *vigilancia* en el siguiente abordaje legislativo de las medidas, el año de 1995.

115 En el Título IV del Libro I, arts. 95 a 108 CP 1995, se contiene la regulación de *las medidas de seguridad* y, en él, se destina el art. 96 a relacionarlas mediante la clásica escala. El que fue su embrión, PCP 1992, en su ‘Exposición de motivos’, ya consideró “indudable que el cambio más significativo se produce en el sistema de penas y medidas de seguridad”, toda vez que “las medidas de seguridad diseminadas entre el Código Penal y la Ley de peligrosidad social, carecen de una catalogación expresa y cerrada, como constitucionalmente sería exigible. Su relación con las penas no está satisfactoriamente resuelta” en la legislación entonces vigente. Véase BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE, *Lecciones...*, p. 35.

116 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 782.

117 Art. 35 CP 1995, redactado conforme a la L. O. 15/2003, para modificación de la 10/1995.

118 Art. 96.3.3^a CP 1995, según la L. O. 5/2010, apt. 22^o.

119 L. O. 5/2010, Preámbulo, IV, p. 54812.

las medidas indicadas [...] que con anterioridad a dicha reforma constituían medidas independientes”¹²⁰. Mecanismo de idéntica denominación ya estaba ensayado, con diversa naturaleza, pero semejantes contenidos, en la ley orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores¹²¹. No seré yo quien identifique la *libertad vigilada* –una u otra–, mudada de nombre, con la vieja pena o medida cuya tortuosa evolución hemos querido seguir, empero, ya que en lo precedente se han ido aportando y cotejando otras figuras propincuas a ella, no estará de sobra proceder igual ahora que algunas similitudes saltan a la vista, siendo así que cabría intentar el encuadre o sistematización de las concreciones legalmente ofertadas al juzgador para dotarla de substancia considerando los cuatro elementos que se han reconocido como el contenido punitivo de la olvidada pena decimonónica; sólo atendiendo, de aquéllas, a las más significadamente cercanas a los ingredientes de la histórica sujeción a la vigilancia de la autoridad, se revelan vinculadas a la *fijación de domicilio y su declaración a la autoridad*:

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo¹²².

h) La prohibición de residir en determinados lugares¹²³.

A la *observancia de reglas de inspección* parecen análogas:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca¹²⁴.

Con la *obligación de procurarse medios lícitos de subsistencia* puede relacionarse:

120 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 596. Es el art. 106.1 CP 1995, conforme a la L. O. 5/2010, apt. 28º, el que le alista once medidas posibles.

121 L. O. 5/2000 cit., art. 7.h (véanse, v. gr., BOLDOVA PASAMAR, “La responsabilidad penal de los menores”, en Gracia Martín [coord.] *et al.*, *Lecciones...*, p. 374; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 602).

122 Art. 106.1.c CP 1995 (L. O. 5/2010, apt. 28º).

123 Art. 106.1.h CP 1995 (L. O. 5/2010, apt. 28º).

124 Art. 106.1.b CP 1995 (L. O. 5/2010, apt. 28º).

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza¹²⁵.

Y en cuanto al *deber genérico de buena conducta*, no hallo que aparezca formulado explícitamente, aunque existe

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos¹²⁶.

En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal [...] podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del artículo 468 de este Código¹²⁷.

Fuera del ordenamiento desde 1995 la sujeción a vigilancia, en adelante no cabrá sondear sino subsistencias de análogo contenido que –cierto es– no se identifican propiamente con ella. Al acercarme a este arbitrio penológico, he pretendido fijar mi atención en la configuración punitiva que le fue dada por el efímero Código Penal de 1822 y, con mayor continuidad, a partir del corpus de 1848, hasta su supresión de la escala general de penas en 1870. Con su evolución de correccional a accesoria, de pena a complemento de la pena, en lo sucesivo, esta vigilancia de imposición jurídico-criminal se vio abocada a un proceso –bastante lógico, si bien se considera– de reubicación entre las emergentes medidas de seguridad que el defensismo social preconizaba hacia finales del siglo XIX. No soslayo en mi análisis, por supuesto, esta cuarta fase en la construcción dispositiva –había sido pena principal, pena accesoria y complemento de pena–, como clave que es en su camino hacia una dilución en el contenido de algunas de las medidas actuales del Código de 1995, hasta la reforma de éste en 2010 con la inserción de una sugestiva novedad: la libertad vigilada; acaso pueda tratarse ésta como postrimera fase, la quinta, en la que, haciendo abstracción de denominaciones, se atiende tan sólo a los puros contenidos.

125 Art. 106.1.i CP 1995 (L. O. 5/2010, apt. 28º).

126 Art. 106.1.g CP 1995 (L. O. 5/2010, apt. 28º).

127 Art. 106.4 CP 1995, de acuerdo con la L. O. 5/2010, apt. 28º (el art. 468 CP 1995 tipifica precisamente el quebrantamiento de condena).

2. Ubicación en las escalas penales

Hecha memoria de aquellas penas *corporales, no corporales y pecuniarias* que sumaban la tipología penológica del Código de 1822, esta innovadora pena queda lógicamente agrupada entre las intermedias, de las que aparece como sexta en gravedad, tras el arresto que se imponga como castigo y antes de la obligación de dar fianza de buena conducta. *La sujeción á la vigilancia especial de las autoridades* no parece tener consideración de correctivo en especial gravoso, según se colige de la entidad de los que le siguen en el listado: esa obligación de afianzar que en algún supuesto ella misma puede llegar a contener, retractación, satisfacción, apercibimiento, reprensión¹²⁸... La clasificación de Sainz de Andino para su Proyecto resulta algo singular y es la variedad *de cierre*, la de aquellas penas que se usarán *en ambas clases de delitos enormes y comunes*, la que acoge la *sujeción temporal a la vigilancia de las autoridades* (junto a las multas pecuniarias y la prisión en fortaleza que sustituya a otra pena corporal)¹²⁹. Tampoco ayuda mucho este Proyecto –igual que el Código de 1822 al designarla *no corporal*– a penetrar el carácter que el codificador discurría conferirle dentro de la variedad penológica.

La tendencia se corrige bien poco en el seno de la novel Comisión

128 Art. 28 CP 1822: “A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, escepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. *Penas corporales* [...]. *Penas no corporales*. Primera. La declaracion de infamia, á cuya clase pertenece tambien la de ser declarado indigno del nombre español, ó de la confianza nacional. Segunda. La inhabilitacion para ejercer empleo, profesion ó cargo público en general, ó en clase determinada. Tercera. La privacion de empleo, honores, profesion ó cargo público. Cuarta. La suspension de los mismos. Quinta. El arresto que se imponga como castigo; el cual se declara no ser corporal para los efectos civiles, ni merecer otro concepto que el meramente correccional. Sesta. La sujecion á la vigilancia especial de las autoridades. Sétima. La obligación de dar fianza de buena conducta. Octava. La retractacion. Novena. La satisfaccion. Décima. El apercibimiento judicial. Undécima. La reprension judicial. Duodécima. El oír públicamente la sentencia. Décimatercia. La correccion en alguna casa de esta clase para mugeres y menores de edad. *Penas pecuniarias* [...]”. Se corresponde con el número 29 PCP 1821.

129 Art. 36 PCC 1831: “Las penas que en adelante se usarán solamente en los Tribunales Reales para el castigo y represión de los delitos son: / 1º. En los delitos enormes: [...] / 2º. En los delitos comunes: [...] / 3º. En ambas clases de delitos enormes y comunes. / Las multas pecuniarias. / La sujeción temporal a la vigilancia de las autoridades. / Y la prisión en una fortaleza en los casos que se sustituye a otra pena corporal con arreglo a las disposiciones del Título 4º de este Libro”.

General de Codificación, toda vez que pese a que el Proyecto preparado por Seijas Lozano ensaya, no sin objeciones y reservas de algún miembro de la comisión¹³⁰, una clasificación de penas en *aflictivas*, *correccionales* y *admonitorias*¹³¹, tras la enumeración en sendos preceptos de cada uno de estos grupos, resulta que “además de las penas clasificadas en el capítulo precedente [‘De la clasificación de las penas’], podrán imponerse según los casos y las circunstancias: 1º. La multa. 2º. Sujeción a la vigilancia de la autoridad. 3º. La pérdida de honorarios, derechos o emolumentos”, etcétera¹³². Desalojadas estas consecuencias jurídicas del delito –se entiende que, en su heterogeneidad, por diferentes motivos– del capítulo que trata de la clasificación penológica, cabría preguntarse desde fuera si en efecto se trata de penas, pero los comisionados, en sus debates, jamás se las plantean como algo distinto de tales y así lo plasman a la hora de su articulación. Presentan, pues, un grupo de penas extravagantes a la clasificación general, pero que no por ello pierden su calidad, consagrándoseles el capítulo “De las penas aplicables a todos los delitos y faltas”¹³³, rótulo éste con el que queda disipada cualquier duda respecto a su condición punitiva. No se redujo la diversidad de pareceres en la Comisión de 1844/45 a la denominación que había de darse al epígrafe definidor del grupo, al cabo solventada, tras desechar el adjetivo *comunes*, en esa definitiva expresión de *penas aplicables a todos los delitos y faltas*; antes, surgió la cuestión del orden que debían llevar las penas incluidas en el citado precepto, e incluso fue impugnada la separación penológica por Claudio Antón de Luzziaga, comisionado que promovió la variación ordinal por la cual *ascendió* la pena aquí abordada hasta el segundo lugar en esta enumeración excéntrica respecto a la general¹³⁴. Estaban considerando unas penas “[...] cuya índole

130 Váyase a ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, pp. 574-575; y ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 581. Más de un año después, todavía andaban a vueltas con la terminología punitiva, aventurándose la sustitución de *correccionales* por *coercitivas* y de *admonitorias* por *correccionales* (*ibidem*, ses. 9-XII-1845, a. 57, p. 1033).

131 ACGCP, ses. 29-X-1844, a. 12, p. 556 (art. 44); después, se hace recuento de las aflictivas (*ibidem* [art. 45]), de las correccionales (*ibidem*, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 577 [art. 79]) y de las admonitorias (*ibidem*, p. 579 [art. 85]).

132 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 582 (art. 95).

133 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 590.

134 “Yo creo que la última pena, a saber, quedar bajo la vigilancia de la autoridad debe ponerse en 2º lugar. La multa y la vigilancia podrán acumularse a muchos castigos, pero también deberán constituir única en algunos casos, porque la vigilancia es por sí sola bastante grave para constituir una pena suficiente; ambas tienen un doble carácter, y

es ser accesorias” –en el sentir del redactor Seijas– “y necesario es que las separemos de aquéllas” (aflictivas, correccionales o admonitorias)¹³⁵, pero a este planteamiento objetó Luzuriaga que, en cuanto “la vigilancia es por sí sola bastante grave para constituir una pena suficiente”, ostenta el *doble carácter* de accesoria y principal, y, puesto que “entre las penas que comprende este capítulo las hay principales y accesorias”, entonces ya “[...] no es menester hacer un capítulo ni esa división”¹³⁶. Salieron adelante, a la postre, las propuestas del ponente Seijas Lozano y este Proyecto de Código de 1845, embrión del de 1848, en su escala gradual de penas, compartimentada en tres secciones, aloja la vigilancia de la autoridad en la segunda de ellas, ocupando esta pena, de nueve, la séptima posición, entre el destierro y la caución de conducta¹³⁷; sin embargo, es cierto que, de luego a luego, como principal pasó al articulado de la parte especial al menos en un par de ocasiones¹³⁸...

En 1848 se arbitra una segmentación de la *escala general* que va a gozar ya de mayor predicamento, pues será conservada en 1870: las penas son entonces *aflictivas, correccionales, leves, comunes a las tres clases anteriores y accesorias*¹³⁹. Entre el destierro y la reprensión pública se coloca la sujeción de referencia, como cuarta pena correccional y antes, por ejemplo, de la suspensión de derechos o el arresto, que en 1822 le habían precedido¹⁴⁰. Ahora bien, al tratar de la aplicación de las penas, en particular de la pena inferior o superior, y ofrecer a los tribunales a tal fin unas escalas graduales (cuatro, que luego en número de tres subsistieron hasta 1995), en ninguna hace hueco el legislador de 1848 a la pena atendida, desliz que el de 1850, que ha respetado

pueden ser accesorias, así como principales y exclusivas” (ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 581; y vuelve sobre ello *ibidem*, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 590).

135 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 590.

136 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 581; *ibidem*, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 590.

137 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, pp. 595-596 (art. 117).

138 Cfr. notas IX/365 a IX/367.

139 Dejada atrás la división en penas corporales y no corporales, ELÍAS, *Aplicación...*, pp. 54-55, que la estimaba irremplazable, abona la continuidad del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia sancionado en 1835, a cuyo dictado reputa no corporal la sujeción a vigilancia de la autoridad creada por el Código de 1848 y, por ende, no acorde con la prisión provisional.

140 Son –para el 24 CP 1848– penas correccionales estas siete: “Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la autoridad. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Arresto mayor”.

su escala general¹⁴¹, acude a subsanar con situarla en la *número 3^o* (la que engruesan básicamente las restrictivas de la libertad ambulatoria)¹⁴², con lo cual se seguía el consejo de diligente revisión que Castro y Orozco con Ortiz de Zúñiga habían ofrecido al hacedor de la ley¹⁴³. Pacheco lo expone de esta manera: “desde luego, faltan en las escalas graduales todas las penas designadas como accesorias en el catálogo general”, por una razón que quiere parecer obvia: “tales penas son siempre un accidente de otras, y por consiguiente las acompañan donde quiera que están” y, por ende, “existen cuando existen esas otras que las llevan consigo”, mas aparte de las accesorias hay otras penas no comprendidas en estas escalas, cual sucede con la sujeción a vigilancia, cuya no inclusión “puede dar lugar a dudas muy fundadas” que bien podrían haberse precavido; abocados ahora a hipótesis “[...] que no justifican el absoluto silencio de la ley sobre una dificultad tan fácil de concebir” ni, mucho menos, la solventan, se le ocurre al tratadista que pudiera tratarse de penas *sui generis* y *extrañas a toda idea de escala y graduación*, “[...] que debemos mirarlas como complementarias, ya que no como accesorias; y que por tanto no hacen falta para deducir la penalidad de tentativas, frustraciones, complicidades y encubrimientos, toda vez que tengamos las principales, acompañadas o completadas por ellas”, o bien que es la pena de multa la que está siempre *por debajo de ellas...*; en su criterio, “sin incluir a estas penalidades en ninguna de las cuatro escalas, habríamos dicho por una disposición especial que, siempre que la ley los [*sic*] impusiese, se extenderían a los autores del delito frustrado y de la tentativa, a los culpables de la complicidad y del encubrimiento. Nos parece que a tales personas es justo reprenderlas y es necesario vigilarlas”¹⁴⁴.

141 No se ha tocado, pues, el art. 24 en CP 1850, donde las penas correccionales continúan siendo las mismas: “Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / Suspension de cargo público, derecho político, profesion ú oficio. / Arresto mayor”.

142 Art. 79 CP 1848 y CP 1850. Dentro de la escala que la acoge en 1850, figura en el octavo grado, entre el destierro y la reprensión pública. Así la admite, igualmente, el Código Penal *de don Carlos VII* (art. 75 CPC 1875), pero no los dos ultramarinos de las Antillas hispanas (art. 90 CPCPR 1879) y de las islas Filipinas (art. 91 CPF 1884), que prefieren retornar a la gradación de 1848.

143 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 201-202, reparan en esa imprevisión de las escalas graduales de 1848 y miran por gestionarle remedio, dándose por satisfechos en sus notas a la revisión de 1850 (ORTIZ DE ZÚÑIGA/CASTRO Y OROZCO, *Código...*, p. 23). Atiéndase también a GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 151.

144 PACHECO, *El Código...*, pp. 421-422.

Ya se ha visto que al reformador de 1850 no debió de convencerle la solución del anotador del Código y prefirió acomodar la *vigilancia* en la escala que el propio Pacheco caracteriza por consistir *en el echamiento de la tierra*¹⁴⁵...

En el Proyecto concluso el año 1869 y en el Código Penal carlista de 1875 la sujeción a vigilancia de la autoridad es aún pena correccional, entre el destierro y la reprensión pública¹⁴⁶, como en 1848 y 1850: de ahí será borrada por el legislador en 1870, si bien, cuando la inmediata presentación a las Cortes el 30 de mayo de 1870, medio mes antes de su aprobación, todavía, dentro de las penas correccionales, “después de esta pena [destierro] se colocaba en el Proyecto la de *Sujecion á la vigilancia de la autoridad*, que ha sido suprimida del nuevo Código”, como, al graduar la aplicación de penas, “en esta escala núm. 3 y en la siguiente después de *Destierro* seguía en el Proyecto: 5^o *Sujecion á la vigilancia de la autoridad*”¹⁴⁷. Su sola conservación en los códigos punitivos de Ultramar conlleva el paso a la categoría de las penas accesorias. Pacheco, en sus comentarios, a propósito de la pródiga utilización de la sujeción a vigilancia entre las accesorias que otras penas “llevan consigo”¹⁴⁸, se había ocupado de esta cuestión de la accesoriedad: carecía enunciativamente la *vigilancia*, según queda registrado, de esta nota en la escala general de 1848, mas luego resultaba que otras penas principales o incluso accesorias la *llevaban consigo*, de ahí que, reconociendo en ésta *la fórmula de la acción*, abogase el insigne jurista y político por su reconversión sistemática en pena complementaria, en ese entendimiento de que por más que la ley la haya considerado en abstracto como principal, “[...] la verdad es –y así aparece en su práctica– que debemos mirarla como complementaria, ya que no como accesoria”, de ahí el peculiar y terciario estatus de la complementariedad por él propuesto¹⁴⁹.

145 PACHECO, *El Código...*, p. 419.

146 Para el art. 24 PRCP 1869 no hay variación en las penas correccionales. Alguna trae, sin afectar a la sujeción a vigilancia, el 23 CPC 1875; ahora, con el expurgo de los *derechos políticos* impuesto por la ideología subyacente, penas correccionales lo son éstas: “Presidio correccional. / Prision correccional. / Destierro. / Sujecion á la vigilancia de la autoridad. / Reprension pública. / Suspension de cargo público, profesion ú oficio. / Arresto mayor”.

147 “Notas” a CP 1870, ed. cit., pp. 48, 66.

148 CP 1848, Lib. I, Tít. III, Sec. 3^a.

149 PACHECO, *El Código...*, p. 421 (este aspecto completa su explicación, *ibidem*, pp. 360-361). SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 229, recoge la crítica de Pacheco y se adhiere a sus observaciones. Tales soluciones legislativas ya estaban en parte en el Proyecto

Conforme acabo de apuntar, exhiben los Códigos Penales de 1879 para las islas de Cuba y Puerto Rico y de 1884 para las Filipinas una panoplia penológica ordenada en los cinco arraigados compartimentos del general de 1870 que quieren aclimatar y, originariamente, del de 1848: penas afflictivas, correccionales, leves, comunes a dichas tres clases y accesorias; pero dentro de esta postrera división acogen, imbricada entre la interdicción civil y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, esa sujeción ausente en su modelo. Sin embargo, dicho retorno legislativo a la escala de la edición oficial reformada de 1850 no es completo: la vigilancia de la autoridad que allá se heredaba de 1848 iba contenida –recordémoslo– en el apartado de penas correccionales, del que ahora se desgaja para conferirle una accesoriedad que, con estación en la categoría de las medidas de seguridad, acabará rindiendo viaje en la dilución última de esta consecuencia jurídica del delito entre los modernos substitutivos penales en la ejecución, el contenido de otras medidas de seguridad y las atribuciones administrativo-policiales comunes. Consecuentemente con la nueva calificación, la Comisión de Ultramar procede por sistema a raer esta *vigilancia ya accesoría* –que, en cuanto tal, presupone la imposición de otra pena, la principal– de los pocos artículos de la parte especial que venían conteniéndola sin nota de subordinación. No es esto lo que hemos visto pedir a Pacheco cuando, apenas promulgado el Código de 1848, ya había reparado, poniéndolo de manifiesto, en el matiz de *no principalidad*, más allá de la letra de la ley, que flanqueaba a una naturaleza correccional con la que él se sentía conforme, y es que “rara vez se la empleará como única; de ordinario es *complementaria*” más que accesoría¹⁵⁰, camino éste por el que llegará a hacerse simple medida. En capítulo aparte, ambos Códigos ultramarinos, al prevenir en seis escalas graduales la aplicación de las penas inferior o superior, en ninguna acoplan –al igual que había ocurrido con el de 1848– la sujeción a vigilancia¹⁵¹.

En conexión con las reflexiones de Pacheco, encontraba Silvela la

de Sainz de Andino, quien, en vez de que ciertas penas *lleven consigo las de...*, sí habla de que los indultados *estarán sujetos a...* (p. ej., arts. 101 y 418 PCC 1831).

150 PACHECO, *El Código...*, p. 347.

151 Los arts. 24 CPCPR 1879 y 25 CPF 1884 reputan por penas accesorias: “Degradacion. / Interdiccion civil. / Sujecion á la vigilancia de la Autoridad. / Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito. / Pago de costas”. Respectivamente, los números 90 CPCPR 1879 y 91 CPF 1884 abordan sin discrepancias el punto de las escalas graduales para la aplicación de la pena inferior o superior.

vigilancia postpenitenciaria ajena á la idea de la penalidad¹⁵²; en consecuencia, con el carácter de *consecuencia del delito* o *complemento de la pena*, va a proyectar la *sujeción a vigilancia*, en su propuesta del año 1884, novedosa recreación en cuyo mismo concepto se recurre otra vez a ella por el corpus penal preparado para el Protectorado español sobre Marruecos¹⁵³. Se ha vuelto a una configuración similar a la de aquellas disposiciones dieciochescas para presidiarios cumplidos y vagos corregidos¹⁵⁴: la pena o corrección se prorrogaba, tras la puesta en libertad, en una vigilancia postpenitenciaria, avisada, recelosa con quien ya infringió la ley penal; igual ahora, prima la desconfianza ante la presunta peligrosidad del sujeto, sólo que ya, en esta construcción de la *consecuencia del delito* o el *complemento de pena* (que, si no por su etiquetaje, es medida de seguridad por espíritu y materia), no se exige más que la postdelictualidad para su imposición, una vez superada la postpenitencialidad de antaño¹⁵⁵. Conste residualmente que el Código de 1928, al reincorporar para el Derecho positivo peninsular esta vigilancia de la autoridad, transformada ya sí en medida de seguridad, lo hace en decimotercia y postrimera posición dentro de su índice¹⁵⁶, si bien no denota éste la gradación de que nunca carecen los punitivos (desde la muerte y los encierros perpetuos hasta la multa, la caución o el comiso...), afluyendo, por consiguiente, sin otra pretensión que la enumerativa, de la misma forma que en ambas leyes ulteriores de peligrosidad¹⁵⁷.

Pena no corporal en 1822, para delitos *enormes y comunes* en 1831, *aplicable a todos los delitos y faltas* en 1845, correccional en 1848, accesoria en los Códigos de Ultramar, pero suprimida en el general de 1870, el Proyecto de 1884 la quiere recuperar como complemento de la pena y en alguna medida lo conseguirá cuando el Código jalifiano adopte esta solución para el Protectorado: fue un paso intermedio hacia su conversión en medida de seguridad desde 1928, con proyección en la Ley de Vagos y Maleantes y en la de Rehabilitación y Peligrosidad Social.

152 SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 358.

153 En ambos casos, resueltos en sendos preceptos casi idénticos, la sujeción a la vigilancia de la autoridad integra el cuarto y último complemento de la pena dispuesto, aunque no hay jerarquía ni prelación en tal orden (arts. 40 PCP 1884 y 31 CPPM 1914).

154 Cfr. notas IX/10 y IX/11.

155 Pónganse en relación el mencionado art. 40 PCP 1884 con el 71, párr. 1º, así como el 31 CPPM 1914 con el 53, párr. 1º.

156 Art. 90 CP 1928.

157 Art. 4º LVM 1933; y art. 5 LPRS 1970.

3. Contenido punitivo

Antes de acometer el desarrollo del apartado que aquí se abre, conviene realizar alguna advertencia para propiciar una visión de conjunto acerca de las construcciones penológicas que van a manejarse; preciso es avisar de que, vistos contenido y efectos de la sujeción a vigilancia en el Código de 1848, quedan al igual vistos por lo que toca a su edición de 1850, así como a la adaptación carlista de 1875 o a ambas adecuaciones ultramarinas del texto *provisional* de 1870, toda vez que éstas, sobre recurrir de nuevo a la desaparecida pena, rescatan para ello en su pleno tenor los antiguos artículos del primigenio Código *moderado*, de suerte que puede decirse que sólo tres elaboraciones teóricas, dotadas a la postre de fuerza de ley, ha conocido la sujeción a la vigilancia de la autoridad: en 1822, en 1848 y, ya sin condición punitiva, en 1914 para el Marruecos español; el resto de plasmaciones pertenece a los proyectos, alguno con resultados tan interesantes como el de Sainz de Andino o el de Gómez de la Serna; la medida de seguridad, después, será ya algo mucho más inconcreto o abierto en su previsión legal.

A] La fijación de domicilio y su declaración a la autoridad

Ya se advierte que de la redacción del precepto en que el Código de 1822 desenvuelve la sujeción a vigilancia especial no se desprende de inmediato la vinculación del condenado a un territorio del que no pueda extralimitarse sin el permiso oportuno, algo que sí veremos prescribirse en posteriores dotaciones de contenido a esta vigilancia penal: aquí, al reo sólo se le explicita *la obligación de dar cuenta de su habitación á la autoridad local*; otra cosa es que parezca razonable entender que dicha restricción territorial –un *no poder salir*– sólo con dificultad podrá soslayarse en la concreta aplicación de la pena sin riesgo de burlarla o desvirtuarla, mas es lo cierto que esta carga, de imponerse, tendrá que contrapesarse con la viabilidad de los permisos que para sus traslados requiera el reo (la alternativa contraria ya nos colocaría ante un confinamiento técnico que sólo cabe cuando la conducta “se hiciere sospechosa”¹⁵⁸, pero ya en punto de elección a cargo de la autoridad, no del vigilado...). En resumen, se muestra dudoso o no se alcanza bien cómo, habi-

158 Art. 78 CP 1822: se trata de la única alteración obrada sobre el art. 81 PCP 1821.

da cuenta del potencial auxilio de los medios materiales de la época¹⁵⁹, podría la autoridad local mantener vigilado al sujeto si no es viviendo éste *confinado* en el pueblo de su preferencia sin otra posibilidad de abandonarlo que una autorización, bien para una diligencia o gestión determinada con desplazamiento de ida y vuelta, bien para el traslado de residencia, que habrá de acarrear el consecuente traspaso a otra autoridad local de las tareas ejecutivas de esa especial vigilancia: sí, debe dar cuenta de su habitación, pero, en orden a una eficiente ejecución, deberá además –y esto es lo que olvida prescribir el Código– mantenerla y sólo mudarla facilitando previo aviso de ello a la autoridad local –y justificando su coherencia con la buena conducta que de él se espera– al objeto de que le señale el itinerario y el plazo para llegar a su nueva *habitación*.

Son las expresadas unas deficiencias técnicas a que se procura poner adecuado remedio en las ulteriores construcciones: ya la dicción de 1848 vendrá a arrojar alguna luz sobre este punto, más aún con el comentario de Pacheco, pero antes ayudará consignar que ofrece una excelente descripción de este aspecto Sainz de Andino cuando proyecta que “no podrán hacer ausencia de la población sino con motivo conocido, por tiempo determinado y con licencia de la autoridad, que cuidará de dar aviso al pueblo a donde se dirija el que la haya obtenido para que se vigile su conducta”¹⁶⁰: justificación, temporalidad limitada y autorización como requisitos y, a la par, garantías de que esta pena queda como la más atenuada restricción de la libertad deambulatoria, sin facilitar a la autoridad que *de facto*, en su ejecución, la transmute en un confinamiento. Ese camino abierto por el Proyecto de 1831 es ya seguido en el de 1845, cuando aborda este elemento de la pena de sujeción de la siguiente manera: “toda persona sometida a la vigilancia de la autoridad está obligada [...] a dejar domicilio señalado dando cuenta de él a la autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia”, pero, además,

159 *Mutatis mutandi* –cuanto va del destierro a la vigilancia penal o la no estricta contemporaneidad–, puede traerse a colación por lo que resta en común, la especie de SAINZ GUERRA, *La evolución...*, pp. 327-328, sobre la disponibilidad de medios y las dificultades de las justicias en estos menesteres, confirmadas, p. ej., en COLLANTES DE TERÁN SANCHEZ, “Actitudes...”, p. 300, o en FERNÁNDEZ, *La defensa...*, p. 19. Si había un contrapeso en determinados supuestos, éste era sin duda el denominado en Criminología *control social informal* (v. gr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado...*, pp. 200-204; *id.*, *Criminología...*, pp. 70-71; y GARRIDO *et al.*, *Principios...*, pp. 74-76), aludido por BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 41, 43. Cfr. nota IX/276.

160 Art. 97 PCC 1831.

“[...] a no poder cambiar de domicilio sin conocimiento y pase de la misma autoridad”¹⁶¹.

La primera obligación que el Código del año 1848 genera para el penado es, en redacción muy similar a la de los trabajos preparatorios de 1845, la de “fijar su domicilio, y dar cuenta de él á la autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma Autoridad dado por escrito”¹⁶²: conocimiento y permiso que, en su mayor vaguedad respecto a las exigencias del Proyecto *Sainz de Andino*, andan asimismo presuponiendo o demandando una motivación suficiente y una concreción temporal para verificarse el segundo sobre la base del primero. Al hilo de este permiso se plantea Pacheco si podrá acaso negarlo la autoridad, dando su solución en sentido negativo en consideración a que “eso sería convertir esa pena en otra superior; en la de destierro, si no se dejaba ir al penado a cierto punto; en la de confinamiento, si no se le dejaba salir de aquel donde se hallase. Sépase, pues, que si el debe pedir permiso a la autoridad para cambiar de domicilio, esta debe concedérselo sin dificultad alguna. Lo que puede y ha de hacer es señalarle la ruta de marcha, y dar conocimiento de ésta a la autoridad del punto a donde se dirija”¹⁶³, en línea con lo exigido por el Proyecto penal de 1831 y en línea también con la real orden de 28 de noviembre de 1849, que diferencia la pena de sujeción a vigilancia, pese a que “[...] se observen las mismas reglas”, de la de relegación o la de confinamiento (en las cuales también *vigila la autoridad* al penado), en atención a *la circunstancia de no poder esta clase de penados variar de residencia mientras sufren la pena principal*¹⁶⁴ (sí podrán, por el contrario, cuando, tras el cumplimiento de la relegación o el confinamiento, queden ya sujetos a mera vigilancia accesoria). Ello entendido, aún debe quedar, en todo caso, una puerta abierta a la excepción: sí, “[...] la autoridad no podrá negar al sujeto á su vigilancia la licencia que le pida para mudar de domicilio, á no tener motivos fundados

161 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 (art. 106.1º y 2º).

162 Art. 42.1ª CP 1848. Y pasará tal cual –adelantado queda– a su edición reformada (art. 42.1ª CP 1850), al carlista (art. 38.1º CPC 1875), al antillano (art. 42.1º CPC-PR 1879), y al filipino (art. 43.1ª CPF 1884). Con toda justeza, dos de sus introductores en aquel primer corpus, VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 260, de la Comisión, subrayan como su esencia esa restricción ambulatoria atenuada.

163 PACHECO, *El Código...*, p. 347. Coinciden con él y con sus mismos términos GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 116, en la atribución a las autoridades administrativas.

164 Art. 13 ROSVA 1849.

para ello”¹⁶⁵. Si en la expresión del Código de 1848 que pervivió en los sucesivos textos reseñados correspondía al penado *fijar su domicilio y dar cuenta de él*, la reglamentación de desarrollo, real orden de 1849, fue la encargada de pautar la ejecución de esta pena y, dentro de ella, el modo de llevarse a cabo la sujeción domiciliaria que constituye la primera carga que pesará sobre el sentenciado. Principia por ordenar “[...] que al tiempo de salir los penados de las cárceles y de los establecimientos correccionales y penales se les expida el pasaporte para el punto de domicilio que escojan, señalándoles un breve plazo para ponerse en camino y el itinerario que vayan a seguir, como igualmente el término prudencial en que deberán efectuar el viaje, con la obligación de presentarse á las autoridades civiles de los pueblos de tránsito marcados en el itinerario para que visen el pasaporte, dando de todo aviso, así á las autoridades indicadas, como á la del punto á que vayan á residir los penados”, las cuales, si advierten retraso en su llegada, darán parte de inmediato a la del punto de procedencia¹⁶⁶: asimilando la norma así la inobservancia de las instrucciones de ruta reflejadas en el pasaporte con la infracción de las reglas de conducta a que el Código Penal aparejaba el arresto mayor¹⁶⁷. De 18 de julio de 1866 data otra norma, ya de rango legal¹⁶⁸, “estableciendo reglas para el cumplimiento de condenas”, donde, entre varios extremos y más allá del mero recordatorio de la regla primera del Código para la *vigilancia*, se recalca que ese dar cuenta tendrá carácter previo a la aprobación confiada a la autoridad inmediatamente responsable de la *vigilancia*¹⁶⁹. En armonía con lo dicho hasta ahora, estatuye la aludida ordenación de 1849 que cuando las autoridades locales, en su *vigilancia inmediata*, “[...] concedan permiso á los penados para mudar de domicilio, ó trasladarse temporalmente de un pueblo á otro, les marquen el itinerario [...], y lo pongan en conocimiento de las autoridades de los pueblos en tránsito y del de residencia á donde aquellos

165 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 162.

166 Arts. 1º y 4º ROSVA 1849.

167 Art. 5º ROSVA 1849 y artº 124.11ª CP 1848.

168 Por eso puede derogar *todas las disposiciones vigentes en cuanto se opongan á la presente ley* (Ley de 18 de julio de 1866, art. 10), sin que tal ocurra con el artículo 42 CP 1850 ni con la real orden de 1849, ambos expresamente reconocidos subsistentes aquí.

169 Ley de 18 de julio de 1866, art. 8º, inciso 1º: “El que despues de la publicacion de esta ley quede sujeto á la vigilancia de la Autoridad, tendrá obligación de dar cuenta préviamente del punto en que desea fijar su domicilio, para obtener la aprobacion de la Autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia”.

se dirijan, [...] haciendo [...] las prevenciones oportunas para que la vigilancia continúe sin interrupción”¹⁷⁰.

Ya he anotado que ésta, como el resto de obligaciones concretas, conserva su fisonomía y redacción en Códigos posteriores; en cambio, el Proyecto de reforma del Código Penal de Gómez de la Serna sí se esforzaba en depurar la expresión de este deber, consistente en: “manifestar el punto en que se proponga fijar su domicilio á la autoridad judicial, la cual lo pondrá en conocimiento de la administrativa del pueblo en que se encuentre el penado. Cuando éste se halle á disposicion de la autoridad administrativa, ante ella se hará la manifestación”, donde queda incluido el matiz de que la comunicación a la autoridad tendrá carácter previo a la verificación del vecinamiento elegido; y esto se completa con una cláusula que parece tomar en consideración lo propuesto por Pacheco: “si el penado eligiere por domicilio diferente pueblo del en que se encuentre, la autoridad administrativa le pondrá una hoja de ruta con itinerario señalado, expresando el tiempo que podrá detenerse en los pueblos del tránsito, si él solicitare hacerlo en alguno ó algunos”¹⁷¹. Persuadido de una esencia restrictiva de la movilidad geográfica, quiere Gómez de la Serna apurar el detallismo ejecutivo y correlato de la primera es la segunda exigencia que impone –y aun la tercera–: “presentarse dentro de las 24 horas siguientes á la de su llegada á la autoridad administrativa del pueblo elegido, que será la inmediatamente encargada de vigilarlo”. Y, efectivamente, la regla tercera prosigue con el desenvolvimiento de la primera, constriñendo al condenado a “no poder cambiar de domicilio sin ponerlo cinco días ántes en conocimiento de la autoridad administrativa, la cual lo comunicará a la del domicilio elegido, y pondrá al penado hoja de ruta en los términos expresados”, y deberá éste, de nuevo y con toda lógica, satisfacer el requisito de presentarse a su llegada¹⁷². A la plausible previsión de esta *hoja de ruta* le falta especificar que asimismo se hará necesaria cuando el penado haya de trasladarse eventualmente a otro punto, no sólo con propósito de mudar su domicilio, sino para cumplir con algún quehacer (lícito y justificado, por supuesto) de su conveniencia. También es cierto que, una vez sentada legalmente la obligación de fijar y declarar el domicilio, sus pormenores parecen más bien materia de desarrollo reglamentario.

170 Art. 11 ROSVA 1849.

171 Art. 42.1^a PRCP 1869. Precursor, el Proyecto de 1845 tenía ya algo de esto (cfr. nota IX/161).

172 Art. 42.2^a y 3^a PRCP 1869.

Últimamente, tanto en el Proyecto de 1884 como en 1914 y en Marruecos, la sujeción a la vigilancia –ya capitidisminuida hasta mera *consecuencia del delito o complemento de la pena*– se concreta en “obligar al que la sufra a poner en conocimiento de la Autoridad superior gubernativa el lugar en que fije su residencia, y de la Autoridad superior local la habitación en que tenga su domicilio”¹⁷³, lo cual está avanzando en la dirección de acumular cautelas sobre aquel *dar cuenta de su habitación á la Autoridad local* de 1822, que será en 1848 un informar del domicilio fijado *á la Autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia*, pero ya complementado con el *dar conocimiento al Gobierno* de que se procede a la ejecución de la pena, algo que iba a competeter sin duda al órgano juzgador, quien, en las islas del Caribe español, lo ha de manifestar además al Gobernador general; pues bien, aquí, en el ámbito marroquí, la recarga incumbe al propio cumplido, que viene asimismo constreñido “a no poder cambiar de residencia ni domicilio sin ponerlo en conocimiento de las Autoridades respectivas”¹⁷⁴ (nótese que no dice *sin recabar la autorización*, sino que se contenta con un comunicado o notificación, de orientación cercana a lo que hemos visto preconizado por Pacheco). De alguna manera presente en el Código galo, pero deshechada ya desde 1822 para España, otra cláusula hay en el Proyecto *Silvela* que parece la ilustración perfecta de la necesidad que la policía tiene de coercer dentro de lo posible, y en pos de la eficiencia en el control, al vigilado en el aspecto geográfico: la facultad gubernativa para confinar o para desterrar de poblaciones populosas a los reos vagos o incursos en cierta reincidencia¹⁷⁵, en donde la tentación de contrarrestar la inoperancia logística de la autoridad a base de disposiciones del Código Penal llega a hacerse expresa, mas a costa de que, en cuanto la restricción de movimientos al sujeto excede del simple requerimiento para que los comunique a la instancia vigilante, los rigores de la pena se ven aumentados hasta formas punitivas de superior gravedad

173 Art. 53.1º CPPM 1914, que es el 71.1º PCP 1884 (en éste la *autoridad superior gubernativa* era en concreto la *de la provincia*).

174 Art. 53.1º CPPM 1914.

175 Art. 71, últ. párr., PCP 1884: “Si el reo fuere vago, ó reincidente en delitos que den lugar á la sujecion á vigilancia, los tribunales podrán declararlo sujeto á vigilancia especial; y en este caso, el Ministro de la Gobernacion podrá, además, prohibirle residir en poblaciones de más de cierto número de habitantes, ó señalarle el pueblo de su naturaleza ú otro lugar fijo de residencia, durante el tiempo de la condena”. Paréese con el CDPF 1810, art. 44: “L’effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera de donner au gouvernement le droit de déterminer certains lieux dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu’il aura subi sa peine” (véase [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley...*, p. 345).

y esto, si posible por voluntad de la ley, como pasó en Francia, tiene débil defensa desde postulados penológicos, porque altera conceptos y convierte una pena en otra: dígase, pues, confinamiento o destierro si lo es, no escueta sujeción a vigilancia. Como última formulación al detalle de contenidos, el Anteproyecto de Saldaña trae implícito, pero con toda su esencialidad, este ingrediente de la fórmula penológica: no cabe otra lectura de la obligada presentación del sujeto en cada cambio de residencia ante el juez de la nueva jurisdicción¹⁷⁶. Pero la sujeción a la vigilancia, nítidamente a partir de aquellos dos textos –de 1884 y 1914–, perviviendo como medida de seguridad, perderá individualidad y tenderá a ajustarse con un procedimiento general de medidas, sin más elaboración legal que su mero enunciado o enumeración como puesta a disposición de los juzgadores y abandonada la concreción de pormenor ejecutivo alguno (así, en el Código de 1928) o solamente se destacará en ella lo que la singulariza ante la tramitación del conjunto de las medidas (como en la Ley de Vagos).

En resumidas cuentas y en rigor, salvo volteriedades legales, al sujeto a vigilancia no se le condena a la inmovilidad geográfica –ésa que estrecha al confinado–, sino al sometimiento a la autoridad de todos sus movimientos interurbanos, como premisa ordenada a no estorbar la vigilancia sobre su persona: comunicadas a aquélla sus intenciones, justificadas al mismo tiempo (porque existe un deber de buena conducta que no casa con cualquier pretexto), el reo quedará habilitado para trasladarse controladamente, por la *ruta de marcha* que quiere Pacheco, hasta el destino que sus ocupaciones e intereses le aconsejen, para hacer, en suma, su vida. La restricción ambulatoria se ha amortiguado hasta una mínima expresión.

B] La observancia de las reglas de inspección

Tiene el sentenciado a la sujeción según el Código de 1822 la obligación de presentarse personalmente a la autoridad local *en los períodos que esta le prevenga*¹⁷⁷, locución que Sainz de Andino transforma –conservando la esen-

176 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 113-114 (art. 71 ACP 1920).

177 Art. 78 CP 1822 (y 81 PCP 1821). Bartolomé Marín Tauste, parlamentario, trasladaba a la Cámara su asenso: “podrá, pues, presentarse al jefe político ó al alcalde constitucional, según el pueblo que sea, en los períodos que le prevengan; y en esto estoy conforme, porque creo que es parte de la pena esta presentacion” (DSC 1821-1822, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1457); véase el art. 309 CPME 1812.

cia– en “presentárseles [a las autoridades] a los períodos que marquen y en cualquiera otra ocasión que sean llamadas [las personas sujetas]”, para, acto seguido y haciendo novedad, agregar a tal imposición la de “sujetarse a las restricciones que les prescriban en punto a las personas de cuyo trato deban abstenerse”, y todo ello bajo la cobertura de una amplia coerción *a seguir las reglas de buena conducta que éstas les prescriban*¹⁷⁸. La pormenorización de pautas regimentales determinables por la autoridad todavía va a generalizarse en 1848 –conforme estaba ya anunciando el Proyecto de Código de 1845– hasta un “observar las reglas de inspeccion que aquella le prefije”¹⁷⁹ en concreto (“como presentarse a ella” –interpreta Pacheco recordando el corpus positivo antecedente–, “por ejemplo, en determinados días o algo semejante”¹⁸⁰). En la intención de los individuos de la comisión redactora que llevó la pena al Código parece que había de ser más tutelar que disciplinaria la actitud de la autoridad, “[...] y si se previene que habrá de observar las reglas prescritas por esta, si se obliga al penado á adoptar oficio, arte, industria ó profesion, caso de no tener medios propios y conocidos de subsistencia, si se dispone, en fin, que haya de darse conocimiento al gobierno de la imposicion de esta pena, es considerándola como un medio moralizador”¹⁸¹; por eso, a la vista de tal elemento constitutivo, califica esta pena Auriolés Montero como *un derecho de inspeccion que la ley concede á la autoridad sobre los que han cometido ciertos delitos*¹⁸². La glosa de Pacheco incide sobre el temple de las susomentadas reglas, que reivindica *prudenciales*, de modo que, en cuanto a *la naturaleza de lo que puede imponérsele*, razona que “nada de caprichoso, nada de lujosamente vejatorio; lo que sea necesario u oportuno para asegurarse de su tranquila presencia, y ninguna otra cosa más. La autoridad que de esto se excediese cometería un abuso de poder, y aun podría llegar el caso de que incurriera en un verdadero delito, reconocido tal por la ley, según los preceptos que fijará más adelante” –termina advirtiendo en alusión a los abusos

178 Art. 90 PCC 1831.

179 Art. 42.2^a CP 1848; y, además, arts. 42.2^a del CP 1850, 38.2^a CP 1875, 42.2^a CPCPR 1879 y 43.2^a CPF 1884. Hacia atrás, el Proyecto de 1845 ya intimaba al sujeto “a someterse a las reglas de inspección que le prefije la autoridad a que esté sometido” (ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 [art. 106.3^o]).

180 PACHECO, *El Código...*, p. 347 (sin duda está pensando Pacheco en aquella obligación para el reo de presentarse a la autoridad local *en los períodos que esta le prevenga* del art. 78 CP 1822).

181 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 260.

182 AURIOLES MONTERO, *Instituciones...*, p. 76.

contra particulares de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos¹⁸³-. Lo cierto es que Gómez de la Serna y Montalbán valoran doblemente este “[...] precepto que, al mismo tiempo que limita el poder del vigilante, obliga al vigilado”¹⁸⁴, aunque parece difícil extraer de su enunciado una salvaguardia en condiciones para el sujeto, y así debió percibirlo incluso el legislador: ya que las atribuciones de la autoridad ejecutiva se dibujan en la normativa con un criterio de lo más lato, permitiéndole abarcar y decretar cuantas cautelas entienda precisas de cara a la eficacia de la vigilancia sobre el sujeto sentenciado (que, con amplitud, deberá *observar las reglas de inspección que aquélla le prefije*), ello no obstante, tan genérica habilitación mal podía facultarle para su ejercicio fuera de lo razonable y, en consecuencia, la ley de 18 de julio de 1866 hizo la previsión de que, si de las disposiciones de la autoridad inmediatamente encargada de la vigilancia se creyese el sujeto agraviado, “podrá acudir en queja al Gobernador de la provincia, y de la resolución de este al Gobierno”¹⁸⁵.

La real orden de 1849 presta particular atención al grupo de reglas que vengo ahora comentando: desde un primer momento los jefes de los establecimientos penitenciarios a que hayan pertenecido los penados o –preciso es entenderlo así– el órgano judicial les harán saber *el deber que tienen de observar las reglas de inspección* que la autoridad les prescriba y *la pena en que incurrirán con arreglo al Código si faltan á aquel deber*, la cual será de arresto mayor¹⁸⁶. A este respecto, censura Pacheco la consecuencia aparejada a la inobservancia por parecerle que la sanción “alguna vez habrá de ser excesiva. Las reglas que diere la autoridad a sus vigilados pueden ser muy bien, y serán sin duda, de diversa importancia. Quizá la infracción de alguna de ellas

183 PACHECO, *El Código...*, p. 347 (CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 157, coinciden en acudir a la prudencia como criterio determinante, igual que acuden al recordatorio de la tipicidad de *cualquier exceso atentatorio á la parte de libertad permitida al vigilado*). Esos preceptos que fijará más adelante el Código se encierran en su Capítulo VIII (arts. 282 a 294) del Título VIII del Libro Segundo.

184 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 116.

185 Ley de 18 de julio de 1866, art. 8º, 2º inciso.

186 Art. 2º ROSVA 1849. Advierte el 124.11ª CP 1848, que “el sometido á la vigilancia de la autoridad que faltare á las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor”, cláusula que critica PACHECO, *El Código...*, p. 491 (cfr. nota IX/323), por la *falta de método* en su ubicación sistemática (en el título que señala penas al quebrantamiento de sentencias y no en el general sobre clasificación, duración, efectos o aplicación de las penas); y la reprobación, además –conforme refiero en el texto– por rigurosa en exceso.

reclamara naturalmente ese arresto; pero seguro es que la de otras estaría suficientemente penada con el arresto menor. Siendo, como es, un apremio lo que se decreta, nos parece que será por lo común excesivo el prefijado¹⁸⁷: a pesar de su posición en las escalas penales, el estigma de la desmedida rigurosidad parece haber rondado siempre, en una forma u otra, a la vigilancia penal. Luego, la real orden comentada iguala la infracción del itinerario prefijado en el pasaporte con la infracción de estas reglas que deben observarse durante la vigilancia; e incorpora un requerimiento muy concreto: los penados habrán de presentarse a los funcionarios encargados de su vigilancia inmediata *á lo menos una vez por semana para recibir instrucciones*¹⁸⁸. Como cuarta de sus obligaciones trae el Proyecto de parte general de 1869, fiel a la mayor sutileza que anima en general su dictado, “la de cumplir las demás prescripciones que los reglamentos establezcan para los sujetos á vigilancia y los de inspeccion que la autoridad le prefije”¹⁸⁹: junto al régimen de recursos, otra garantía para el sujeto iba a consistir, como así acontecía ya en virtud de la real orden de 1849, en el señalamiento de un marco reglamentario dentro del cual pudiera maniobrar la autoridad vigilante para confeccionar el estatuto de reglas exigibles.

Sin menoscabo de otros gravámenes menos atentatorios para la libertad que se arbitren en el ejercicio de la específica vigilancia, un par de concreciones legales recibe este elemento (de lo que ya no es pena, sino un género de medida de seguridad, aunque todavía tratada legislativamente *al estilo* de la pena) en el Proyecto de Silvela y, a su huella, en el Código Penal del jefato y protectorado, deberes tenidos a buen seguro por los más incómodos que la policía le puede aplicar y exigir *per se* al sujeto: se le estrecha “a presentarse a la autoridad local del pueblo en que resida siempre que sea llamado” y, como correlato del efecto de “facultar a las Autoridades para penetrar y practicar registros o pesquisas en el domicilio del condenado, de día o de noche”, se desprende la necesaria y coactiva aceptación de tales actos por el condenado, que tendrá que conformarse y colaborar en ellos, sin que le quepa invocar los derechos de reconocimiento procesal atinentes a la entrada y registro en domicilios particulares¹⁹⁰. Sobre esto, unas amplias y tan extremadas facultades

187 PACHECO, *El Código...*, p. 491.

188 Arts. 5º y 9º *in fine* ROSVA 1849.

189 Art. 42. 4ª PRCP 1869.

190 Sin embargo, la redacción transcrita –del art. 53.1º y 2º CPPM 1914– ha suprimido un par de expresiones del PCP 1884: éste decía *autoridades gubernativas*, su-

que pudieran pervertir la *sujeción* –en principio, más bien leve– se conceden a la Administración sólo por el Proyecto de 1884 ante el caso del vago o del reincidente en delitos que den lugar a la sujeción a la vigilancia: en la ejecución de ésta –ya se ha glosado– “[...] el Ministro de la Gobernacion podrá, además, prohibirle residir en poblaciones de más de cierto número de habitantes, ó señalarle el pueblo de su naturaleza ú otro lugar fijo de residencia, durante el tiempo de la condena. En el mismo caso, si el reo fuere extranjero, el Ministro de la Gobernacion podrá expulsarlo perpétuamente del territorio español”¹⁹¹. Tal posibilidad de endurecimiento de las condiciones en la fase ejecutiva puede llevar lo que era vigilancia hasta cotas desproporcionadamente afflictivas, de difícil justificación en cuanto que podrá ser de seguro más gravosa que la misma pena que complementa. Por último, este deber subsiste plenamente en la *medida de seguridad* que ha llegado a ser la *vigilancia* durante el siglo XX: “los sujetos peligrosos sometidos a vigilancia de la Autoridad, estarán obligados a cumplir las disposiciones que los Delegados adopten en uso de sus atribuciones tutelares. Si las desobedecieren reiteradamente o demostraren con sus actos la ineficacia de la medida, el Tribunal la revisará y podrá sustituirla por la de internamiento”¹⁹².

Puede aventurarse que este elemento del contenido punitivo subsume a los otros y es el que da la medida en último término de la substancia constitutiva que diferencia el tipo de vigilancia aquí focalizada de aquella otra que es universalmente propia de la vida en sociedad, pero exacerbada a más y mejor en nuestra sociedad tecnocéntrica; no hay duda: la naturaleza de la primera, ahora en estudio, pasa por aquel atributo, *especial*, con que ya el Código Penal de 1822 particularizó la pena de referencia. Si sujetos a una vigilancia difusa y general por parte de la autoridad lo estamos todos –como en el mito orwelliano de Ingsoc, un panóptico social¹⁹³–, cabe preguntarse por la

primiéndose la adjetivación para Marruecos, y, además, esta facultad se especificaba en él *sin autorización judicial* (art. 71. 2º del PCP 1884). Sobre el acceso a domicilios particulares, véase LEC 1882, arts. 545, 550, 551, 554.2º, 558 y 566.

191 Art. 71 *in fine* PCP 1884.

192 Art. 17, párr. 11º y 12º, LVM 1933. Previamente, SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 113-114 (art. 71 ACP 1920), tampoco descuidaba consignar tal exigencia o componente en la forma más habitual, la de presentaciones periódicas, y con idéntica consecuencia de internamiento para el caso de inobservancia.

193 La vigilancia es una de las más depuradas formas de represión –inmanente, estructural– con que nuestro Moloch tecnocéntrico nos fideliza (véase Heleno SAÑA, *Historia y conflicto*, pp. 74-80); de ahí, la imagen de un metafórico panóptico social como el de George ORWELL, 1984, p. 11.

intensidad que implica esa adjetivación, *especial*, que califica la vigilancia que viene impuesta en razón de la culpabilidad o la peligrosidad: a ello se enfrenta la revisión en curso de su contenido punitivo, pero vase viendo que será piedra de toque la fijación domiciliaria ya tratada más la observancia de estas reglas de inspección, porque los demás factores implicados, aún por analizar (la ocupación lícita y la buena conducta o cualesquiera otros análogos), en poco aumentan las obligaciones sociales del común.

C] La obligación de procurarse medios lícitos de subsistencia

El corpus fundacional de la codificación española intima al sujeto a vigilancia la obligación *de dar cuenta de su modo de vivir á la autoridad local* (que es tanto como justificárselo con arreglo a la potestad inspectora que ésta ejerce), y si, naturalmente, habrá de procurarse el medio de vida, cabe inferir con pleno fundamento que tendrá que ser legítimo, concorde con la buena conducta de que en breve me ocuparé; el mismo precepto, más abajo, al tratar el confinamiento del sujeto a vigilancia cuya conducta se *hiciera sospechosa* y no diere fianza al respecto, atiende a precaver que la autoridad lo haga *en un pueblo ó parte de él donde pueda trabajar*¹⁹⁴. En el Código francés de 1810 –reconocida fuente de la mayor parte de este primer Código penal español, en la cual entra la sujeción a vigilancia– no existe esta regla, luego quizá pueda ponerse en relación con lo prevenido por la Real Cédula de 1784 referente al vago cumplido o corregido o por la Real Orden de 1786 relativa a presidiarios cumplidos¹⁹⁵. Sainz de Andino, en 1831, omite asimismo conminación en esta línea, aunque, por descontado, en la suya y en las demás redacciones, deber tan genérico, cual es el de la buena conducta (que a continuación se entrará a analizar), no podrá sino abarcar el de procurarse lícitamente el sustento.

“Adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia” el reo es la previsión que el Código de 1848 trae en este punto¹⁹⁶, dando así desarrollo a lo que en 1822 solamente apa-

194 Art. 78 CP 1822 (81 PCP 1821).

195 Cotéjese el CDPF 1810, art. 44 y p. 120 (más PACHECO, *El Código...*, p. 346), con NRLE, XII.31.12 (“[...] sin permitirle que vuelva á la vida holgazana y vagante”) y XII.40.16 (“[...] cuidando tambien de que se dediquen á la agricultura, ó á algun oficio, y sean vasallos útiles al Estado, sin volver á su vida delinqüente”).

196 Art. 42.3^a CP 1848.

recía apuntado: aquel *dar cuenta* de su modo de vivir ya implicaba con total seguridad este *adoptarlo* cuando no lo tuviere o, mejor dicho, no lo tuviera arreglado a la buenas costumbres. Vicente y Caravantes resalta cómo “el cumplimiento de esta disposición, que hace comun á todos los españoles la ley de vagos de 9 de mayo de 1845, debe exigirse mas rigurosa y perentoriamente al sujeto á la vigilancia, por la presuncion que existe contra él de que maquina algun delito, cuando no adopta oficio ni ocupacion alguna”¹⁹⁷. De conformidad, pues, con la doctrina de los tratadistas, “debe suponerse que es una obligación especial, una obligación más estrecha, que las que tienen todos los individuos, penados y no penados, de seguir ese camino, so pena de incurrir en la condición de vagancia”¹⁹⁸, y es que precisamente “son vagos los que no poseen bienes ó rentas, ni ejercen habitualmente profesion, arte ú oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupacion lícita, ó algun otro medio legítimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo”¹⁹⁹; y en un desenvolvimiento circular, tanto al vago como al mendigo se les reserva la pena de *sujecion á la vigilancia de la Autoridad*²⁰⁰, de tal suerte que al sujeto a ella que no adoptase un modo de vivir legítimo se le podría encausar y condenar por vago, en cuyo caso se le aplicarían las penas de arresto mayor o prisión correccional y de sujeción a vigilancia...: ¡he aquí un círculo vicioso que lleva implícita la ineficacia del instrumento represivo! En la definición de este deber cuadran a la letra con el texto articulado de 1848, no sólo los consabidos de 1850, 1875, 1879 y 1884, sino aquí también el previo de 1845 y el posterior de 1869, los dos proyectos que venían

197 VICENTE Y CARAVANTES, *Código ...*, pp. 162-163.

198 PACHECO, *El Código...*, p. 348; o véase GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 116.

199 Art. 251 CP 1848 y 258 CP 1850, con dicción transvasada, en singular, al 10.23^a CP 1870; véase GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, “Ensayo...”, pp. 355-358, así como la distinción de GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia...*, p. 56, entre esta *significación legal* y el *uso castizo y vulgar*.

200 El Título V del Libro Segundo CP 1848 aborda el campo criminológico “De la vagancia y mendicidad” (arts. 251 a 259); el 251 enuncia liminarmente el concepto de vago arriba transcrito y la aducida penalidad la dan, para el vago, los artículos 252, 253 y 254, para el mendigo, el 256. En 1845, para el Proyecto de Código, se ordenan, con autonomía provisional, del 1º al 10 los preceptos del capítulo “de la vagancia y de la mendicidad” (ACGCP, ses. 10/11-VI-1845, a. 35 y 36, pp. 872-882); en 1850 la numeración de tales preceptos es la comprendida entre el 258 y el 266 CP 1850; mientras que de ambos códigos ultramarinos resultó separada esta materia. Véase BENTHAM, *Tratados...*, pp. 307-308.

presentando variantes de concepción o, sencillamente, de estilo en las demás prescripciones²⁰¹. Una sola precisión añade a los dictados legales la real orden de 1849: la autoridad local competente para la *vigilancia inmediata* es la que debe cuidar muy particularmente de que el penado adopte oficio, arte, industria o profesión, según previene el Código²⁰².

Nada disponen el Proyecto *Silvela* ni su vástago el Código para Marruecos acerca de este particular, como no sea la cláusula de que “si el reo fuera vago [...], los Tribunales podrán declararlo sujeto a vigilancia especial”²⁰³; tal autorización, común a entrambos textos, muestra a continuación en el Proyecto inusitadas prerrogativas para la Administración, que para dicho vago puede convertir extrajudicialmente la sujeción a su vigilancia en un desorbitado destierro, en un confinamiento o incluso en una expulsión perpetua del territorio nacional. Sí que Saldaña, quien sigue hablando en su Anteproyecto de *dar cuenta de su modo de vivir a la autoridad local judicial*, y sí que las leyes de peligrosidad, en 1933 y 1970, hacen hincapié en este deber que, en definitiva, parece ser pilar básico de la buena conducta general: puesto que la vigilancia “tendrá carácter tutelar y de protección”, se desdobra el deber en otro, reflejado así del lado de la Administración, en donde “los Delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su custodia”²⁰⁴. Lo que se advierte en los diferentes textos consultados es la exigencia al vigilado de que se procure sus mantenimientos por medios lícitos, sean éstos laborales o rentistas; es decir que no se incorporan al contenido de la pena o medida las virtudes benéfico-morales o correccionales del trabajo: el legislador no pretende que el individuo trabaje a toda costa, le basta con que no necesite recurrir a medios irregulares de subsistencia. En principio, tendrá que adoptar un medio de vida productivo, mas, disponiendo de capital, podrá vivir de él si así lo desea, sin ocuparse en nada más, aunque también sin haraganear reprehensiblemente: conculcaría entonces el último ingrediente de los que entran en esta vigilancia, el deber de buena conducta.

201 En el Proyecto de 1845 (ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 [art. 106.4^o]), en los arts. 42.3^a CP 1850, 38.3^a CPC 1875, 42.5^a PRCP 1869, 42.3^a CPCPR 1879 y 43.3^a CPF 1884.

202 Art. 9^o ROSVA 1849.

203 Art. 53, últ. párr., CPPM 1914, que era el 71, últ. párr., PCP 1884.

204 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 113-114 (art. 71 ACP 1920); y art. 4^o.7^a, párr. 2^o y 3^o, LVM 1933, el cual es sustituido por el 5.14^o LPRS 1970.

D] Un deber genérico de buena conducta

Doctrinal, político-criminalmente, “el objeto de esta pena es prevenir los delitos, no perdiendo de vista al que con su mala conducta pasada hace tener ó presumir que no se halla su ánimo completamente libre de la idea de la perpetracion de un delito ó de reincidir en el que cometió”²⁰⁵. Y, sin embargo, tan sólo el Código importador de la sujeción punitiva a la vigilancia acierta a reflejar en 1822 un deber de buena conducta no explicitado del modelo francés²⁰⁶ y que, sin embargo, dado el marcado espíritu correccional de la pena²⁰⁷, no puede menos que discurrir más o menos subyacente a lo largo de todo el periplo de su vigencia o proyección en las sucesivas escalas generales de los diversos textos codificados²⁰⁸. Al abordar la obligación ocupacional ya lo he anticipado en parte: la autoridad local “podrá exigirle fianza de buena conducta cuando esta se hiciere sospechosa; y si no la diere, confinarle en un pueblo ó parte de él donde pueda trabajar, y aun arrestarle por el tiempo que crea conveniente, si quebrantare este confinamiento; pero, sin escederse nunca del término señalado á la sujecion del reo bajo la vigilancia de la misma autoridad”²⁰⁹. Precisamente, tal espíritu hace que la única enmienda que soportó el precepto preparado por la comisión nombrada el año 1820 fuese la adición de la cláusula *cuando esta se hiciere sospechosa*, referida a la conducta del sujeto a vigilancia que podría dar motivo a la exigencia de fianza al reo por la autoridad. Es más: de entrada, las discrepancias se suscitaban no ya al-

205 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 148.

206 CDPF 1810, art. 44.

207 PACHECO, *El Código...*, p. 347.

208 Igual que estaba ya –y bastante explícito– en la normativa carolina: Real Cédula para “Conduccion de vagos” de 11 de enero de 1784 (NRLE, XII.31.12: “[...] la Justicia del tal pueblo [...] le admitirá y dará vecindad, cuidando de su conducta y aplicacion”) y Real Orden de 15 de agosto de 1786, “sobre la conducta y aplicacion de los cumplidos que se restituyan á sus domicilios” (NRLE, XII.40.16: “[...] que las Justicias vigilen sobre estos individuos y su aplicacion; y que se vele sobre la conducta”). Otra conexión pudiera ser la pena de apercibimiento, por la cual se pretendía inducir cierta conducta –una *buena conducta*– en el condenado (véase ORTEGO GIL, “Arbitrio...”, p. 275).

209 Arts. 78 CP 1822, y 81 PCP 1821. Véanse arts. 79 CP 1822 y 82 PCP 1821, con DSC 1821-1822, t. II, n^o 91, ses. 24-XII-1821, pp. 1458-1461 (aunque sin olvidar, con Calatrava, que “los delitos á que se imponga la obligacion de dar fianza, por lo mismo que serán más leves ó de diferente clase que los que merezcan la pena de sujecion, no deben confundirse ni igualarse con estos” –p. 1461–).

rededor de la situación que había de posibilitar ese agravamiento en la forma de ejecución (esto es, la conducta *sospechosa*), sino incluso en torno a la misma constitucionalidad de tal medida: a algún diputado se le hacía demasiado duro aceptar que la vigilancia pudiese derivar en un apremio *corporal* cual es el confinamiento ante lo dificultoso de conseguir la tan comprometedora –para quien la presta– caución o fianza²¹⁰. Ya Bentham, la más autorizada voz doctrinal del momento, había llamado la atención acerca de los riesgos que comprometían al bienintencionado (mas voluntario y responsable, no se olvide) fiador de la conducta, “pues espone á un inocente á ser castigado por un delincuente, y asi es necesario justificarla con una utilidad mas equivalente á este mal. Esta utilidad es la gran probabilidad de prevenir un delito por medio de la aseguracion de un individuo”, fundada sobre la íntima obligación que, en condiciones normales de moralidad, se le generaba al sujeto afianzado, a más de *disminuir la alarma* victimal y social²¹¹. No obstante las discrepancias, la pena, tal como la concebía la comisión, superó este escollo

210 El diputado Marín Tauste juzgaba que la consecuencia legal puesta en manos de la autoridad vigilante “no es proporcionada, y muy duro el sufrir destierro ó prison, solo porque el reo no puede dar fianza. [...] Esto no está conforme con los principios generales del sistema constitucional, ni cierra la puerta á las arbitrariedades. [...] Aquí encuentro yo dos discordancias de igual tamaño: primera, la [...] de poder imponer pena corporal sin formacion de causa la autoridad local; segunda, la de que esta pena sea necesaria casi siempre y muy desproporcionada a la culpa, si tal puede llamarse el no encontrar un hombre quien lo fie”; enfrente, como componente de la comisión, redarguye Joaquín Rey, diputado por Cataluña y regente de la Audiencia de Madrid: “siendo, pues, ligera la pena que aquí se propone, y no pudiendo nunca ser muy grave, me parece que no hay ninguna contradicción con los principios constitucionales en que se añade esta nueva atribucion a las autoridades locales”, las cuales ya “pueden conocer judicialmente de cosas de poca entidad, y aun de ciertos crímenes: pueden conocer de las injurias livianas [...]. Pueden conocer tambien en causas pecuniarias”...; además, “el arbitrio que se da á estas autoridades locales [...] no puede nunca [...] causar graves perjuicios; y el no dársele [...] puede causarlos al órden público y á la tranquilidad” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1457).

211 BENTHAM, *Tratados...*, pp. 304-305. Como es habitual en él, José María Calatrava se pronuncia con las ideas bastante claras: “el fiador no asegura precisamente una cosa que no puede saber de cierto, y que no depende de él tampoco, como es la de que observará buena conducta el fiado; lo que dice es: yo salgo por garante de que la observará; y si no, responderé de él con mis bienes. [...] Si el reo no le inspira confianza de que no le comprometerá, en su mano tiene no fiarle” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1459).

o reparo. Respecto de las condiciones para aumentar su aseguramiento y rigor, a pesar de aducir que “una pena, una vez impuesta, sin nuevo delito no puede agravarse; y si el mismo juez no puede agravarla ni exigir la fianza de buena conducta sin nuevo motivo, mucho menos podrá la autoridad local”, de tal suerte que “faltando este motivo la autoridad local no debe nunca por su antojo, ni aun por una lijera sospecha, obligarle á dar esta fianza, y mucho menos confinarle á otro pueblo”; y aunque “esto parecía á la comision tan claro que no debia prevenirse: sin embargo, si se tiene por conveniente, la comision está conforme con que se diga que sin nueva sospecha no se exigirá fianza”²¹², como se procedió.

Sí compele Sainz de Andino al sujeto a la vigilancia de las autoridades –recuérdese– “a seguir las reglas de buena conducta que éstas les prescriban”²¹³, en pauta de híbrida catalogación, aunque más propincua a la imperativa observancia de unas imposiciones administrativas expresas que a un deber genérico, inherente, omnímodo de buena conducta, sea ello entendido sin perjuicio de que el requerimiento de éste informe cada una de las directrices administrativas que van a conformar el régimen de vida del condenado. No parece banal la disquisición: el deber general de buena conducta remite al sentido correccional de la pena, en tanto que un seguimiento de las reglas (de buena conducta, obvio es; pues no podrían ser de otra calidad) prescritas por la autoridad puede denotar el larvado componente afflictivo que siempre se ha querido negar a esta sanción punitiva en las distintas escalas generales.

Acaso la falta de referencia en el texto de 1848 y sus concordantes a una buena conducta notoria en la evolución correccional del penado pueda parecer insólita, pero, sobre que la índole de la sanción presupone una función reeducativa informante de todo el desenvolvimiento social del condenado, todavía saldrá al paso del lector algún indicio de su consideración indubitable por parte del legislador penal: en tal sentido, la real orden de 28 de noviembre de 1849 sí que a las autoridades locales que estén ocupándose de la *vigilancia inmediata* les ordena anotar la conducta de los condenados en el registro foliado que lleven, para luego dar cuenta mensual al jefe político *de la conducta que hubieren observado*²¹⁴, e interesa de éste que haga lo pro-

212 DSC 1821-1822, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1458: se trata de la misma defensa del artículo por Joaquín Rey, apoyado por Evaristo San Miguel.

213 Art. 97 PCC 1831.

214 Arts. 9 y 10 ROSVA 1849.

pio en su registro general foliado y que, en el estado expresivo de los penados sometidos a su vigilancia que mensualmente remitirá al Ministerio de la Gobernación, manifieste circunstanciadamente la conducta observada durante el indicado período²¹⁵. Aparte, se nos revela en verdad substancioso el tratamiento de la vagancia y la mendicidad en el propio Código de 1848, ya antes hallado útil de cara a afinar la comprensión de la vigilancia penal en punto de la obligación de subvenir el condenado a sus necesidades mediante alguna ocupación, mas ahora asimismo invocable como exponente de una presencia no sólo implícita de la *buena conducta*: hay un precepto que incorpora una circunstancia sobrevenida a la ejecución de la pena que hace cesar ésta: “en cualquier tiempo que el vago á quien se hubieren impuesto las penas de arresto y sujecion á la vigilancia de la Autoridad, diere fianza de aplicacion y buena conducta, será relevado del cumplimiento de su condena”²¹⁶. Bien se echa de ver que dicha exigencia *de aplicación y buena conducta* trae su origen en esa justificación correccional que, junto a otra función preventiva en defensa o resguardo de la sociedad, se advierte en la misma concepción de la pena²¹⁷: con particular referencia a la vigilancia postpenitenciaria que sigue como accesoria a las más graves privaciones de libertad²¹⁸, la justifican Vizmanos y Álvarez, responsables en parte de su apresto, en *procurar la correccion de los delincuentes, y para afirmarlos en la enmienda*, siendo así que “la inclusión de esta pena en el catálogo y los efectos asignados á la misma [...], se recomiendan á la simple razon sin necesidad de detenernos á motivarlos, porque bien se concibe que la sociedad debe vigilar mas de cerca y mas atentamente la conducta del hombre que ha vivido en la vagancia, y del que ha delinquido. Esta pena es, puede decirse, una prevision paternal, no para vejar al individuo, sino para protegerle retrayéndole de seguir en el camino que emprendió, ó á que seria tal vez arrastrado por su vagancia é inaplicacion al trabajo; y esa vigilancia debe durar mas ó menos tiempo segun los casos”²¹⁹. Si fuéramos a escudriñar con todo ahínco cada norma, de un rango u otro, significativa para la vigilancia de la autoridad judicialmente acordada, cuando este deber no se mostrara explícito, siempre se nos revelaría algún detalle, alguna indicación,

215 Arts. 7º y 8º ROSVA 1849.

216 Art. 255 CP 1848, y 262 CP 1850. Es precepto ausente de los Códigos carlista, antillano y filipino (éstos dos últimos, sin título represor de la vagancia siquiera).

217 PACHECO, *El código...*, p. 347.

218 Arts. 50 a 57 CP 1848.

219 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, pp. 232, 260.

algún asomo de su sustantividad. Por ejemplo, las dos leyes de Vagos y de Peligrosidad, al permitir el reemplazo de la sujeción por caución de conducta están dando testimonio, a su vez, de la importancia de la buena conducta en la evolución de la tutela sobre el sujeto peligroso²²⁰. Alúdase con mayor o menor transparencia, o dese por supuesto, este deber existe siempre, porque es la esencia y el objetivo de la vigilancia: no ya conocer las actividades y movimientos del sujeto, que esto no requeriría reglas de inspección ni otros deberes para él (bastaría con vigilar, *espíar*), sino constreñir de tal manera su libertad que no haya lugar a que la emplee torcidamente, asegurarse mediante las restricciones impuestas de la observancia de ese comportamiento correcto que interesa a la sociedad, aunque no se llena específicamente de contenido; ¿cómo deberá ser, al fin, esa *buena conducta*, dicha así con tanta generalidad?: en todo caso, una buena conducta aceptable para la autoridad, ajustada sin duda a los valores vigentes en el cuerpo social.

4. Duración

No todos los Códigos o proyectos que se sirven de la sujeción a la vigilancia de la autoridad incluyen una acotación temporal... El Código del *Trienio liberal* es de los que no resuelven expresamente este punto, pero, conforme puede comprobarse sólo en la penalidad específica, la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades se ejercita por un mínimo de un año y llega hasta los seis en el máximo que impone *in concreto* la ley²²¹, tramo éste bien alejado de la perpetuidad que a poco habrá de plantear el Proyecto de 1831. Sainz de Andino, en su escala *de las diferentes especies de penas*, denomina textualmente la que analizo como sujeción *temporal* a la vigilancia de las autoridades, mas en lo sucesivo omite la adjetivación cronológica e incluso la desmiente cuando no vacila en aprestar una sujeción perpetua a vigilancia para ciertos indultados y reincidentes²²²; otras veces emplea fórmulas tan difusas –y tan

220 Arts. 4^o.7^a LVM 1933 y 5.14^o LPRS 1970.

221 En el art. 806 CP 1822 (819 PCP 1821) puede verificarse dicho *maximum* de duración de la vigilancia en concreto: “[...] podrá ser puesto bajo la vigilancia de la autoridad local por el tiempo de uno á seis años”. Y siempre que la sujeción se imponga por más de dos años puede el sentenciado ver rebajada de la cuarta a la tercera parte de condena por virtud del arrepentimiento y la enmienda (arts. 73 CP 1822 y 76 PCP 1821).

222 Art. 101 PCC 1831: “Los que obtengan indulto de las penas de muerte, trabajos perpetuos, deportación o extrañamiento perpetuo del Reino, estarán sujetos a la vi-

vueltas hacia el precodificado arbitrio judicial— como la de que “el tiempo de la duración se fijará a juicio prudente por el Tribunal” o la de “sujetarlo a la vigilancia [...] por el tiempo que debiera estarlo” o “que el Tribunal halle oportuno”²²³. Cuando se decide por una vigilancia efectivamente temporal y precisa suele darle una duración mínima de un año, aunque en una ocasión aparecen los seis meses²²⁴, en tanto que alcanza un máximo de seis años²²⁵. El Proyecto discutido y confeccionado por la Comisión sobre Código Penal de 1844 pasa por alto cualquier acotación temporal de la sujeción a vigilancia; no obstante, de la lectura de los preceptos que iban conformando su repertorio delictivo se extrae la apreciación de que acostumbra a señalársele una duración de entre uno y tres años, alcanzando su imposición hasta *el término de cuatro años*²²⁶, aunque en alguna ocasión permanece tan indeterminada que será “por el tiempo que los Tribunales determinaren”²²⁷. En el Código de 1848, si bien la sujeción a la vigilancia de la autoridad “dura de siete meses á tres años”, esto “no tiene lugar respecto de las penas que se imponen como accesorias de otras; en cuyo caso tendrán las penas accesorias la duracion que respectivamente se halle determinada por la ley”²²⁸, de lo cual resulta que “[...] se da á las de sujeción á la vigilancia de la autoridad [...] mayor duracion que la normal y ordinaria prefijada”²²⁹. Ambas prescripciones estarán en la base de los textos subsiguientes, aunque no falten los retoques: así, en el Proyecto de 1869 el mínimo temporal de la sujeción se baja hasta los seis

gilancia especial de las autoridades por todo el tiempo de su vida”; art. 1139 PCC 1831: “El que reincidiere en un delito por el cual hubiere quedado sujeto a la vigilancia especial de las autoridades por más tiempo de seis años, tendrá esta sujeción por los días de su vida”.

223 Arts. 100, 2º párr., 1194 y 267 PCC 1831. Abriga interés, en su singularidad temporal, mimética, el art. 418 PCC 1831: “Todo reo de asonada, cumplida que sea la pena en que haya incurrido, quedará sujeto a la vigilancia especial de las autoridades, por un tiempo igual a la duración de aquélla”.

224 Recórranse los arts. 262, 330, 344, 364, 458 PCC 1831, etcétera. El 1108 PCC 1831 introduce una vigilancia de seis meses a tres años.

225 En el art. 363 PCC 1831. El 810 PCC 1831 marca una vigilancia *por seis a diez años*, mas no ha de verse ahí la pena autónoma, sino el contenido de la confinación que se ha impuesto.

226 ACGCP, ses. 9-VI-1845, a. 34, p. 871 (art. 82); *ibidem*, ses. 10-VI-1845, a. 35, y ses. 11-VI-1845, a. 36, pp. 877-882 (cap. “De la vagancia y mendicidad injustificada”).

227 ACGCP, ses. 30-IV-1845, a. 16, p. 732 (art. 27 *in fine*).

228 Arts. 26 y 27 CP 1848. Concuerdan con los mismos números de CP 1850, y con el 25 y el 26 CPC 1875.

229 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 150.

meses²³⁰; y sosteniéndose, ya por muy poco, en el Proyecto de 1870 que conocieron las Cortes, su duración hubiera ido de los seis meses a los seis años²³¹. En los dos Códigos coloniales del XIX, llevada al fin la vigilancia a la escala de penas accesorias, sólo serían de aplicación, por ende, las reglas de duración dictadas para la accesoriedad, por eso omiten dar fracción temporal alguna.

Volviendo a la Ley criminal de 1848, la pena de muerte, la cadena, la reclusión, la relegación y el extrañamiento perpetuos que se indultaren, la pena de argolla y la degradación civil, aun accesorias, llevan consigo la sujeción a vigilancia del reo *por el tiempo de su vida*²³², en tanto que a otros castigos resulta anejada por el tiempo de la principal *y otro tanto mas*²³³ o simplemente *por igual tiempo al de la condena principal*²³⁴, pero con un alcance bastante autónomo, dentro de su accesoriedad, por el cual “la gracia de indulto no [...] exime de la sujeción á la vigilancia de la autoridad, si en el indulto no se concediere especialmente la [...] exención”²³⁵. A este respecto dictóse una orden de 23 de julio de 1869 en la que, “considerando que la sujeción á la vigilancia de la autoridad es una verdadera pena, y como tal puede solicitarse y concederse su indulto, ya sea especialmente, ya con otras pecuniarias y personales”, se ponía de manifiesto:

1º. Que en los decretos de indulto en que no conste de una manera expresa y terminante haberse concedido la exención de la vigilancia de la autoridad, subsistirá esa pena en su fuerza y vigor [...].

Y 2º. Que el indulto de esa misma pena, cuando no se hubiere concedido especialmente con otras, tiene que ser objeto de una nueva gracia [...]”²³⁶.

230 Art. 26 PRCP 1869; su número 27 sí que reproduce a la letra el de CP 1848.

231 Véanse las “Notas” a CP 1870, ed. cit., p. 49 (se trataba, en dicho Proyecto de 1870, del art. 29, párr. 5º).

232 Arts. 50 a 54 CP 1848. Véase ELÍAS, *Aplicación...*, p. 36.

233 Arts. 55 y 57 CP 1848: se trata de la cadena, la reclusión, la relegación y el extrañamiento temporales, el presidio menor y el correccional, así como del confinamiento mayor.

234 Art. 56 CP 1848: es el presidio mayor.

235 Arts. 45 CP 1848 y CP 1850, 126.4º *in fine* PRCP 1869. Véase GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, p. 151, con su lectura integrada del art. 29 CP 1848 y CP 1850.

236 Orden de 23 de julio de 1869, “declarando que el indulto de la pena principal no envuelve el de la de vigilancia”, en MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, apd. 1869, p. 284.

Tal como se entendía en el corpus penal de 1848, así va a mantenerse en 1850 y 1875²³⁷, detectándose modificaciones en el Proyecto de parte general de 1869²³⁸ o en el Proyecto dilucidado parlamentariamente el 1870²³⁹ y en los Códigos coloniales de 1879 y 1884²⁴⁰. Llegados a este punto, no extrañe que, a impulso de la misma teorización sobre las interrelaciones penológicas, se declare que, en su caso, “la gracia de indulto no [...] exime de la sujeción a la vigilancia de la Autoridad, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitación ó exención en la forma que se prescriba en el Código de procedimientos”²⁴¹; forma parte esto y es resultancia de la doctrina acerca de la naturaleza principal o accesoria de las penas. No al tratar de los *efectos de las penas segun su naturaleza respectiva*, sino de la *extinción de la responsabilidad penal*, el Proyecto de 1869 (que también aquí se separa del modelo de 1850, aunque más formal que espiritualmente) determina que “la prescripción de la pena no libra de la sujeción a la vigilancia de la Autoridad a aquellos que fueren condenados a ella, hasta el día en que debieran quedar libres, si la pena no hubiese prescrito”²⁴², donde sigue subrayándose la hegemonía, en el pensamiento del legislador penal, de la modalidad accesoria de esta pena que Pacheco ha calificado de complementaria. El Código de 1848, como abundamiento en su distintiva *aritmética penal* pro seguridad jurídi-

237 Arts. 50 a 57 CP 1850; arts. 46 a 53 CPC 1875.

238 Se suprime el número 51 CP 1850, que reservaba la sujeción a vigilancia para los penados con argolla o degradación civil; a los condenados a cadena, reclusión y extrañamiento temporales se les reduce la duración de la vigilancia a no más que *por un tiempo igual al de la condena principal* (arts. 55 y 57 CP 1848 y PRCP 1869), y al presidio menor y correccional se les exime de sujeción a vigilancia (art. 58 CP 1848 y PRCP 1869).

239 Véanse las “Notas” a CP 1870, ed. cit., pp. 55-56.

240 Éstos, que asimismo desechan el precepto relativo a la argolla y a la degradación civil, sin embargo, en vez de la rebaja en la duración de la vigilancia del sometido a cadena temporal que quería operar el Proyecto de 1869, se la convierten en perpetua (arts. 55 CPCPR 1879 y 56 CPF 1884: *durante la vida del penado*); además, al presidio correccional, desaparecido el presidio menor de 1848 y su reforma, se le sustrae la *vigilancia penal* (arts. 57 CPCPR 1879 y 58 CPF 1884).

241 Art. 45 CP 1848, cardinal que conserva en CP 1850 y pasa a 41 CPC 1875, desapareciendo esta excepción de la sujeción a vigilancia cuando ésta es declarada pena accesoria por los Códigos de Ultramar (en arts. 45 CPCPR 1879 y 46 CPF 1884). Atiéndase a PACHECO, *El Código...*, p. 351.

242 PRCP 1869, p. 284 (este precepto figura sin numeración, como antepenúltimo del Título VI del Libro Primero).

ca²⁴³, sólo concreta con mayor penetración la duración de la pena de vigilancia dentro del título aparejado a vagos y mendigos, entendiéndose que en los otros supuestos puede el juzgador recorrer toda la holgura de la pena; en una ocasión, para los reos de corrupción de menores en interés de terceros, la señala *por el tiempo que los Tribunales determinen*²⁴⁴.

En su primera aparición despojada del estatus de pena –como medida de seguridad, aunque todavía sin esta calificación–, se estatuye por el Proyecto *Silvela* que la sujeción a la vigilancia de la autoridad “[...] no pueda exceder de ocho años ni bajar de dos”, en fórmula que recoge y experimenta el Código Penal jalifiano²⁴⁵. Desatiende en 1928 el Código Penal este aspecto de la duración de las medidas de seguridad y, aunque cinco años después la Ley de Vagos hace gala de una apreciable minuciosidad, tampoco fija unos términos precisos²⁴⁶. Otro lustro más, en 1938, y el Anteproyecto de Código de la Falange, que había abierto un capítulo para tratar “De la duración y efectos de las penas y medidas de seguridad”²⁴⁷, no encontrándose en éste todo cuanto anuncia, deja sin delimitar temporalmente las medidas con que completa su plan binarista. La ley de 1970 acaba por señalarle una duración *de uno a cinco años*, aunque en su decurso “podrá ser reemplazada por caución de conducta”²⁴⁸. Por último, conste que la duración de la todavía hoy flamante medida de libertad vigilada es de cinco años por lo normal, pero en la modalidad postpenitenciaria para delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo puede llegar hasta los diez²⁴⁹.

Reconsiderando las extensiones temporales vistas, lo que antes se muestra es la inconcreción habitual en la amplitud así de la pena como de

243 Véase GACTO FERNÁNDEZ, *Temas...*, p. 53.

244 Art. 364 CP 1848.

245 Art. 71 PCP 1884, luego llevado al CPPM 1914 con el número 53.

246 Habla, sí, de revisión y prórroga, de *límite máximo legalmente establecido*, mas silencia cuál sea éste. Lo que pronuncia es la siguiente regla, sólo tangencialmente referida al sometimiento a vigilancia: “Si las desobedecieren reiteradamente [las disposiciones tutelares de los delegados] o demostraren con sus actos la ineficacia de la medida, el Tribunal la revisará y podrá sustituirla por la de internamiento en cualquiera de sus modalidades. En este caso, el tiempo transcurrido en la sumisión a la vigilancia de los Delegados, no se computará en el de la duración de la medida transformada” (art. 17, 12º párr., LVM 1933).

247 Lib. Primero, Tít. III, Cap. III AFCP 1938.

248 Art. 5.14º, últ. párr., LPRS 1970.

249 Art. 105 CP 1995, redactado conforme a la L. O. 5/2010, apt. 27º.

la medida, con frecuencia *por el tiempo que los tribunales determinen*; esto es claro en los articulados de 1822 y de 1831 (éste llega a la perpetuidad), pero también en el de 1848, que, si le traza unos límites, ello es sólo para cuando funcione como pena principal, no cuando se aplique accesoriamente. Al despojársele del carácter punitivo, el Proyecto de 1884 y el Código marroquí acotan temporalmente el nuevo complemento de pena, mas el Código de 1928, ya medida de seguridad, deja indeterminado este aspecto, como la Ley de Vagos; su sustituta en 1970 le confiere otro cauce durativo, de uno a cinco años; y de cinco está siendo al presente el máximo por el que de ordinario cabe imponer la libertad vigilada, excepto en los dos supuestos más graves en que podrá alcanzar el doble. El carácter o la virtualidad tan instrumental de la vigilancia, que puede servir para atender diversos objetivos, aseguratorios o correccionales, que dependerá de la evolución observable en la peligrosidad o en el tratamiento, parece propiciar esa imprecisión, tendencial en su primera historia y modernamente atajada en aras de una seguridad jurídica que ya, a lo que parece, se estima irrenunciable, aun a costa de acrecer la vastedad de la medida.

5. Reglas de ejecución de la pena

Tenemos alguna idea de cómo se procuraba llevar adelante, para aquellos marginados que hallábamos en el punto de mira de la legislación del Antiguo Régimen, “[...] la labor de vigilancia y control. Esta función se encomienda a distintos oficios públicos. En primer lugar, es una de las misiones de los jurados dentro de su demarcación, collación y barrio, ya que en el ordenamiento de Alfonso XI se obliga a que los jurados, ‘a lo menos vna vez cada semana, requieran sus collaciones y sepan quién son los que moran en ellas, y los omes que acogen en sus casas, y se informen que vida faze cada vno...’ [...] En la práctica, esta disposición no siempre se cumplía”, según se infiere de las porfiadas reiteraciones²⁵⁰. Por arriba, la competencia superior la vimos recaer sobre el corregidor, auténtico ápice de la vida local²⁵¹. No podía ser de otro modo: una labor que por fuerza ha de realizarse tan propiamente *sobre el terreno*, había de quedar circunscrita, sujeta al nivel municipal, y así la recibirá

²⁵⁰ COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, “Actitudes...”, p. 299. Véase BAZÁN DÍAZ, “El destierro...”, pp. 44-47, con un intento más detalladamente descriptivo de tales tareas de policía.

²⁵¹ NRLE, XII.16.7.

el Derecho codificado. Ya en el corpus de 1822 aflora la precisión de que será la autoridad local la que haya de tomar sobre sí esta vigilancia²⁵²: precisaba el diputado Marín Tauste, que el sujeto “podrá, pues, presentarse al jefe político ó al alcalde constitucional, según el pueblo que sea”²⁵³, pues la Constitución de Cádiz había configurado unos ayuntamientos “[...] presididos por el gefe político donde lo hubiere, y en su defecto por el alcalde ó el primer nombrado entre estos si hubiere dos”²⁵⁴. Pero no siempre la asignación ha aparecido tan evidente: dentro del siguiente texto en surtirnos de una *vigilancia* penal, el Proyecto de 1831, tal autoridad sólo puede decirse indiciariamente identificable con la local²⁵⁵.

En 1845, el nuevo Proyecto se muestra original en un doble sentido: por un lado, concibe el trámite, que hará fortuna, de poner en conocimiento del gobierno la condena impuesta; por otro, añade que éste, como alto responsable del desenvolvimiento de la vigilancia, recibido que haya el informe sobre la imposición de la pena, “atendidos los casos y circunstancias comunicará sus órdenes a los funcionarios de la policía civil y judicial a los fines convenientes”²⁵⁶, cláusula que pone la nota discordante en las explícitas o implícitas referencias a la autoridad local exhibidas por el resto de fórmulas históricamente codificadas. Supuesto que el Código de 1848, por debajo del gobierno, al que se dará conocimiento de la pena²⁵⁷, no habla sino de una imprecisa *autoridad inmediatamente encargada* de la vigilancia, se siente estimulado Pacheco a explicar que la instancia vigilante, “en el día, no es ni puede ser otra que la autoridad administrativa. La judicial termina sus funciones luego que dicta la condena, y entrega el reo a las encargadas en la ejecución.

252 Art. 78 CP 1822 (81 PCP 1821). En las Cortes, Evaristo San Miguel apuntalaba la competencia: “las autoridades locales deben tener facultad para vigilar sobre la conducta civil y política de todos los habitantes, mucho más de aquellos que han merecido alguna vez la nota de delinquentes; y si en delitos livianos pueden aun los alcaldes imponer correcciones y reprobaciones en juicio verbal sin necesidad de proceso escrito, estos mismos delitos deben ser causa bastante respecto de aquellas personas que estan por sentencia bajo la vigilancia especial de las autoridades, para exigirles fianza de buena conducta, y confinarles á un determinado distrito si no la presentaren” (*DSC 1821-1822*, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1458).

253 *DSC 1821-1822*, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1457.

254 Art. 309 CPME 1812.

255 Art. 97 PCC 1831.

256 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 (art. 105).

257 Véase VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, pp. 162-163.

[...] En el día, toda esta parte corresponde a los gobiernos políticos y a los alcaldes de los pueblos”²⁵⁸. De hecho, un decreto de 1862 discierne la responsabilidad de los alcaldes en la desaparición del penado sujeto a la vigilancia de la autoridad²⁵⁹. En la exégesis de Castro y Ortiz de Zúñiga, “la autoridad encargada de la vigilancia del reo, deberá ser la designada por el gobierno, á quien se ha de dar siempre noticia de condenas semejantes”, conforme al mandato del propio precepto descriptor; y si coinciden con su colega Pacheco en que “los agentes que aquel señalará para dicho fin, serán naturalmente las autoridades administrativas, que son las que tienen entre nosotros la policía general, y medios adecuados para vigilar con fruto á los delincuentes”, van algo más adelante cuando agregan que, “sin embargo, ejerciendo como ejercen nuestros jueces y fiscales cierta parte de la policía judicial (hoy malamente repartida entre ellos y la autoridad administrativa) deberán todos auxiliarse recíprocamente para observar á los tales penados, y proceder dichos jueces á la formación de causa luego que reincidieren en delito”²⁶⁰. En todo caso,

Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno²⁶¹.

Precisamente, “[...] para que este haga que sea efectiva la condena”²⁶². Ortiz de Zúñiga y Castro lamentan, tras la reforma de 1850, el mantenimiento formal de esta cláusula, que entienden puramente reglamentaria –a más de

258 PACHECO, *El Código...*, p. 347; asimismo, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], pp. 115-116. Por comparación, conste que otra modalidad de *vigilancia de la autoridad*, cual es la de los extranjeros refugiados, regulada por R. O. de 26 de junio de 1858 cit., y cuyo contingente “[...] permanecerá bajo la vigilancia de la Autoridad, hasta que se comuniquen á esta las órdenes correspondientes” (art. 5º), con restricciones de residencia y desplazamiento (arts. 9º y 15), con cierta exigencia de ocupación laboral en cuanto fuere viable (arts. 6º y 14), recibe esta atribución: “Los emigrados políticos están bajo la vigilancia y protección de los Gobernadores de las provincias” (art. 16); puntos todos presentes en Real Orden de 28 de julio de 1857, arts. 4º, 6º, 8º, o Reales Órdenes de 22 de septiembre y 18 de octubre de 1856, de 19 de febrero, 5 de mayo o 27 de junio de 1869 (MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, t. VI, p. 765).

259 Decreto de 6 de febrero de 1862, en ABELLA, *Manual...*, p. 89.

260 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, pp. 156-157. En torno a su atribución a la *policía general*, ampliemos en MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, t. XII, pp. 935-936.

261 Art. 42 *in fine* CP 1848 y CP 1850.

262 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 116.

ineficiente–, dentro del articulado legal ; pero aún: “sobre recargar mucho é innecesariamente el trabajo de los mismos Tribunales, aumenta el de las secretarías del despacho”²⁶³. A pocas vueltas, lo dispuesto por el Real Decreto de 14 de diciembre de 1855, sobre ejecución de condenas, aparte sus normas generales para toda pena²⁶⁴, será que

Los reos condenados á la pena de sujecion á la vigilancia de la autoridad, á los tres dias de habérseles notificado la sentencia que causa ejecutoria, si aquella se les ha impuesto como principal, y si como accesoria de otra inmediatamente despues de haber sufrido esta, fijarán el punto que escojan para su domicilio: hecho lo cual, si fuere diverso del de su actual residencia, se les señalará, en el primer caso por el juez, y en el segundo por el jefe del establecimiento en que se hubiese cumplido la pena principal, un breve plazo para ponerse en camino, y el itinerario que hayan de seguir, como igualmente el término prudencial en que deberán efectuar el viaje, con la obligacion de presentarse á las autoridades civiles de los pueblos en tránsito, marcados en el itinerario, á los cuales se dará previamente aviso: se pasará testimonio de la condena á la del punto en que vayan á residir, como inmediatamente encargada de su vigilancia, y al gobernador de la provincia, á quien corresponde la vigilancia superior; observándose puntualmente, asi por los penados, como por las respectivas autoridades indicadas, todo lo demás que para el excato cumplimiento de esta pena está prevenido en el art. 42 del Código penal y en la Real orden de 28 de noviembre de 1849²⁶⁵.

Referente a la inspección penitenciaria que esta misma norma encarga a las Juntas Inspectoras Penales en el ámbito de cada Audiencia, sea repetido –coincide con el confinamiento– que al objeto de

La visita de los que sufren las penas de [...] sujecion á la vigilancia de la autoridad [...] se pedirá informe de lo que resulte acerca de los mismos al gobernador de provincia, el que ejerce la vigilancia superior sobre los que residen en ella²⁶⁶.

Según esto, no sustituye, sino que complementa, la normativa dada seis años antes para la ejecución de esta pena. En otro orden de cosas, este real decreto prescribe que, en general, el reo haya de elevar las solicitudes de indulto o rebaja de la pena *por conducto de la autoridad política encargada de su vigilancia, ó por el de la judicial que la hubiere impuesto*, siendo algu-

263 ORTIZ DE ZÚÑIGA/CASTRO Y OROZCO, *Código...*, p. 16. Cfr. nota IX/298.

264 RDCSJ 1855, art. 13, v. gr., con la explícita encomienda al tribunal de que una a los autos testimonio de todas las diligencias ejecutivas acordadas y su resultado.

265 RDCSJ 1855, art. 10.

266 RDCSJ 1855, art. 19, párr. 3º.

na de las penas “[...] que reconoce el Código y no privan al condenado de su libertad personal”²⁶⁷. El Proyecto de Gómez de la Serna, en 1869, sí se detuvo a clarificar esa atribución inmediata que no había accedido de lo reglamentario a la ley: que *la autoridad administrativa del pueblo elegido* por el penado “[...] será la inmediatamente encargada de vigilarlo”, mas sin involucrar al gobierno en la ejecución, quedando ésta bajo supervisión judicial (“las autoridades administrativas pondrán en conocimiento de la judicial que haya pronunciado la sentencia, todos los cambios de domicilio del penado”)²⁶⁸, punto en que se distancia de los demás textos desde el de 1845, en los que en el preceptivo aviso al gobierno se hace notoria su intervención eminente. Es por ello que en la varias veces mencionada ley de 18 de julio de 1866 “el Gobierno queda encargado muy particularmente de que respecto á los que estén bajo la vigilancia de la Autoridad se cumplan, no sólo las disposiciones establecidas en el [...] Código penal, sino todas las que á su consecuencia se fijan en la Real orden espedita en 28 de Noviembre de 1849”²⁶⁹, lo cual es tanto como situar sin ambages al gobierno en la cúspide de esta función administrativa de vigilancia penal. Especialidad razonable, en los Códigos ultramarinos de 1879 y 1884, al lado del gobierno central se acopla la figura del gobernador general, máxima autoridad isleña a la que asimismo se ha de dar conocimiento de la punición mediante *vigilancia*²⁷⁰.

Retrospectivamente, el reglamento que para esta pena es la real orden de 1849 dibujó el esquema organizativo en que se determina la autoridad competente para la ejecución en sus distintos niveles: una vigilancia inmediata ejercida *por los alcaldes en los pueblos de su jurisdicción, y por los comisarios de Protección y Seguridad pública en las capitales*, una *vigilancia superior* a cargo de *los Gefes políticos de las provincias* en que los penados residan y *la alta vigilancia* que, tal como nos anticipaba Pacheco, corresponde al Gobierno a través del Ministerio de la Gobernación²⁷¹. Luego, dependiendo del origen que traiga la sujeción a vigilancia, puede ésta admitir el concurso de autoridad específica por razón de la materia, esto es del supuesto determinante: es el caso de la intervención del ministerio fiscal cuando se trate de la

267 RDCSJ 1855, art. 22.5^a, párr. 2^o.

268 PRCP 1869, art. 42.2^a *in fine*.

269 Ley de 18 de julio de 1866, art. 9^o.

270 Arts. 42 CPCPR 1879 y 43 CPF 1884, entrambos a dos *in fine*.

271 Arts. 9^o, 7^o y 8^o ROSVA 1849.

vigilancia del vago excarcelado²⁷². De más a más, las funciones de directa vigilancia se tienen en tanto aprecio que se quisieran funcionarios especializados para su atención, a la vez que también la instancia intermedia parece clave para bien articular una eficaz vigilancia: la Ley de Orden Público de 1867, que tanto espera de *los funcionarios especiales encargados de velar sobre el orden público*, quienes “dependerán del Ministerio de la Gobernación”²⁷³, planifica organizar *en cada gobierno de provincia una sección de orden público* para asistir a *los Gobernadores, como encargados de ejercer en las provincias la autoridad civil*²⁷⁴, uno de cuyos cometidos consiste en “[...] ejercer la vigilancia que esta ley le encomienda”²⁷⁵. Ciertamente, el problema no se ponía con novedad sobre el tapete: sin necesidad de invocar las dificultades – ni ciertas ventajas – para el control de las restricciones ambulatorias durante el Antiguo Régimen, en 1859, Ramírez y Burgaleta, constatando hasta qué punto “la vigilancia pública, segun existe hoy en España, ignora las clases, condiciones y circunstancias de los habitantes de su propio distrito, y es tan inexacta en las noticias”, había propugnado que para tan importante servicio, encomendado en el día a *agentes á quienes la opinión pública les señala por dudosos antecedentes*, siempre actualizados con el cohecho y su tolerancia de la disolución moral, se recolocase *á las clases pasivas de magistrados y jueces*, sin perjuicio “[...] del deber y celo de las autoridades locales, que constantemente deben saber las personas que estén en su jurisdicción”²⁷⁶; muy lejos, ni por asomo, de llegar a tanto, únicamente, aparte de sus cometidos de cooperación a la ejecución penal de la vigilancia de la autoridad vigente bajo los Códigos de 1848 y 1850, en las Alcaldías se tiene que llevar “[...] un registro reservado de los licenciados de presidio y de aquellas personas que no tengan modo conocido de vivir”²⁷⁷, aunque incluso esto presumiblemente con la ineficiencia denunciada por Ramírez y Burgaleta.

Al paso que se opera la transmutación de la vigilancia en complemen-

272 R. O. de 20 de junio de 1845 cit., regla 6^a, y R. D. de 19 de julio de 1850 cit., art. 11.

273 Art. 6^o LOP 1867.

274 Art. 8^o LOP 1867.

275 Art. 10 LOP 1867.

276 RAMÍREZ Y BURGALETA, *Código...*, pp. XLII-XLIII; coincidente se muestra Concepción ARENAL, “Congreso internacional para el estudio de las cuestiones relativas al patronato de reclusos y protección de los niños moralmente abandonados. Amberes 1890”, *Obras...*, t. XIV, p. 263. Cfr. nota IX/159.

277 ABELLA, *Manual...*, p. 73 (*ibidem*, p. 194).

to de la pena, recibe una nueva plasmación de sus parámetros ejecutivos: en el Proyecto de Silvela se articula mediante atribuciones a la autoridad superior local, a la superior gubernativa de la provincia y al Ministerio de la Gobernación²⁷⁸, donde acaso pudiéramos continuar reconociendo esas vigilancias *inmediata*, *superior* y *alta* de la real orden de 1849, esquema que en su traslado al corpus jalfiano se reduce a la autoridad superior local y la autoridad superior gubernativa. Hágase memoria, por último, de que en el Proyecto de Bases de 1921 la *vigilancia de la autoridad* se ha convertido en *vigilancia de la policía* al trocar el rango de pena por el de medida, y de que a partir de la Ley de Vagos y Maleantes la medida de seguridad se encomendó a unos *delegados especiales* que permanecerán en el Anteproyecto de Código de 1938 y en la Ley de Peligrosidad²⁷⁹.

En el terreno operativo, lo primero que preocupa al Código de 1822 es disponer el orden en la ejecución cuando esta pena haya de aplicarse junto a otras: al concurrir dos o más delitos y penas, si fueren la de sujeción a vigilancia con la muerte, los trabajos perpetuos o la deportación, se impondrán sólo éstas, pero también aquélla, si bien postrera en el orden, cuando el concurso ocurriere con obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto²⁸⁰. De la actividad vigilante que deberá desplegar la autoridad no detalla más este corpus primigenio que –dentro del término señalado como duración de la pena– el señalamiento de la presentación periódica, la exigencia de fianza de buena conducta o, en atención a la conducta del condenado, la imposición de confinamiento o incluso arresto²⁸¹. Se trata –nótese bien– de una *vigilancia especial*, cualitativa y cuantitativamente más ahincada que el ordinario control social formal que las instancias de poder aspergen sobre la sociedad con sus individuos, y tanto que el atributo –*especial*– viene llamado a vertebrar el concepto penológico entre una acción –vigilar– y su agente –la autoridad–. El Proyecto de Sainz de Andino, en 1831, encarga a la autoridad, aparte de la imposición de reglas y restricciones al sujeto vigilado, el otorgamiento de licencia para hacer éste ausencia de la población y el aviso al pueblo de nuevo

278 Arts. 71 PCP 1884 y 53 CPPM 1914.

279 PLB 1921, b. 17; art. 4^o.7^a LVM 1933 (tiempo después, en el anteproyecto privado de ley de defensa social, obra en 1964 de Federico Castejón, catedrático y magistrado a quien se debe en su mayor parte la reforma penal de 1944, hallamos la propuesta para poner en planta cierta comisión especial *ad hoc* –cfr. nota IX/113–); art. 27 AFCP 1938, y art. 5.14^a LPRS 1970.

280 Arts. 113 y 114 CP 1822; 115 y 116, 2^o párr., PCP 1821.

281 Art. 78 CP 1822, art. 81 PCP 1821.

destino. El Proyecto de la Comisión de 1845, dirigido por Seijas Lozano, disponía la comunicación de la *vigilancia* establecida en la sentencia al gobierno, cabe entender que por parte de la autoridad judicial, así como a la inmediatamente encargada, que no anota cuál sea, le confiere la incumbencia de lo relativo al pase de traslado y a las reglas de inspección²⁸². Habrá que aguardar al despliegue del Código de 1848 y su normativa complementaria para contemplar una preceptiva más pormenorizada alrededor de este particular²⁸³.

Bajo este corpus criminal, un primer haz de obligaciones para la autoridad viene dado por aquellas que son responsabilidad de la penitenciaria, encarnada en los jefes de los establecimientos correccionales y penales a que hayan pertenecido los sujetos: la expedición del pasaporte, con plazo e itinerario, para el punto de domicilio que escojan, el aviso a las autoridades de los pueblos de tránsito y de destino²⁸⁴, la remisión de copia del expediente penal a las del punto de domiciliación, el envío de la licencia original al pueblo de su naturaleza²⁸⁵, la información al penado de los principales extremos concer-

282 Art. 97 PCC 1831; y, para el de 1845, véase a ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 (arts. 105 y 106).

283 Bien interesante es el rechazo que al art. 97 PCC 1831, regulador de la sujeción a vigilancia especial, opone la “Consulta o dictamen de la Segunda Junta, 1832...”, p. 362, que viene a objetar que no está en su lugar la disposición de ese 97 “[...] que marca la conducta que deberán observar los que están sujetos a la vigilancia especial de las Autoridades, porque esto es reglamentario”, un rechazo que, particularizado a este Proyecto de Andino, viene a ser de aplicación a todos los textos que han admitido esta pena e incluso a alguno, como el de Silvela o el de la Ley de Vagos, en que se contrajo a la categoría de medida o similar.

284 Art. 1º ROSVA 1849.

285 Art. 3º ROSVA 1849: “Que si el penado procede de algun establecimiento por haber sufrido en él otra pena principal de que la sujecion á vigilancia es accesoria, se remitan por el gefe del mismo establecimiento á la autoridad del punto elegido por el interesado para su domicilio copias del testimonio de condena, de la hoja penal y de la licencia absoluta, sin perjuicio de remitir ademas la licencia original al pueblo de su naturaleza, segun prescribe la Real órden circular de 23 de Junio de 1848”. Con el propósito de “evitar los abusos que pueden cometerse á la sombra de las licencias que se expiden á los confinados que han cumplido sus condenas en presidio”, habíase dictado la “Real órden, disponiendo que las licencias que se expiden á los confinados que han cumplido sus condenas en presidio, se remitan á los alcaldes de los pueblos de su naturaleza”, de 23 de junio de 1848, en *CLE* 44, disp. 388, pp. 158-159, “expresándose en el oficio mismo el punto que elija el confinado para fijar su residencia”, y a cuyo efecto se le entregará *el pasaporte de costumbre*.

nientes a su condena (duración de la vigilancia, deber de observar las reglas de inspección y pena en que incurrirá si las incumple)²⁸⁶, y la disposición de la captura del sentenciado moroso en la observancia de los plazos de viaje, así como la determinación ante tal incidencia de los procedimientos oportunos²⁸⁷. Tales acudimientos se vieron expandidos hasta el nivel de la *superior vigilancia* por otra real orden de 5 de mayo de 1850: “[...] que los gefes de los establecimientos penales suministren directamente á los Gobernadores de provincia las noticias oportunas relativamente á los penados sujetos á la vigilancia de las Autoridades, cuando extinguida la pena principal de que aquella sea accesoria, salgan de los indicados establecimientos con direccion al punto de residencia”²⁸⁸. La norma reguladora de 1849 no deja de referirse al supuesto en que “el penado procede de algun establecimiento por haber sufrido en él otra pena principal de que la sujecion á vigilancia es accesoria”²⁸⁹, pero olvida dar directrices para la alternativa de que la sujeción impuesta aparezca

286 Art. 2º ROSVA 1849: “Que al entregar el pasaporte á los mismos se les haga saber por los Gefes de los establecimientos á que hayan pertenecido el tiempo por que quedan sometidos á la vigilancia de la Autoridad, el deber que tienen de observar las reglas de inspeccion que la misma les prescriba, y la pena en que incurrirán con arreglo al párrafo 11, artículo 124 del Código si faltan á aquel deber”.

287 Art. 4º ROSVA 1849: “Que si las autoridades, recibido el aviso del itinerario señalado á los penados, observan retraso en su llegada, den parte inmediatamente á la del punto de procedencia para que disponga la captura del moroso ó morosos, y determine los procedimientos oportunos en los casos de fuga ó de que el retardo haya sido voluntario ó criminal”.

288 “Real órden, mandando que se remita á los Gobernadores de las provincias donde los penados han de residir sujetos á la vigilancia, copias del testimonio de condena, de la hoja penal y de licencia absoluta”, de 5 de mayo de 1850, en *CLE* 50, disp. 408, pp. 22-23.

289 Art. 3º ROSVA 1849, arreglado a la Real Orden Circular de 23 de junio de 1848. Se trata de un renovado tratamiento del clásico supuesto de la ley originariamente promulgada por Carlos III en 1786 que figura en NRLE, XII.40.16, supuesto luego acogido por el art. 311 OGPR 1834, y previamente particularizado por el mismo monarca en los vagos el año 1784 (NRLE, XII.40.12). El art. 76, 2º párr., CP 1850 regula lo siguiente: “El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, ó si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en órden sucesivo, principiando por las mas graves, ó sean las mas altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º”.

como pena única o no concomitante con una privación de libertad²⁹⁰; ahora bien, de la redacción que ofrece el Código se colige sin dificultad que tales trámites los habrá de llenar la autoridad judicial de la que esté dependiendo el sentenciado²⁹¹. Sí tiene esta real orden la prevención de anticiparse a otro caso: el de los extrañados que regresen a territorio español por indulto ó extinción de la pena principal, quienes vienen “[...] obligados á presentarse á la autoridad del primer pueblo en que pernocten, á fin de que la misma les señale el itinerario que hayan de seguir, y dé los oportunos avisos”²⁹². Diversa vicisitud es la del cambio de localidad: a las autoridades locales que ejerzan la vigilancia inmediata les atañe conceder permiso *para mudar de domicilio, ó trasladarse temporalmente de un pueblo á otro*, trazándoles el consabido itinerario y comunicando el viaje a los pueblos de tránsito (con envío de todos los antecedentes) y al de nueva residencia (“haciendo [...] las prevenciones oportunas para que la vigilancia continúe sin interrupcion”)²⁹³; en todo caso, a las autoridades de los pueblos de tránsito marcados en el itinerario se les encomienda el visado del pasaporte y el dar parte inmediato a la del punto de procedencia del retraso en la llegada²⁹⁴; y, volviendo otra vez a las autoridades de la población escogida por el sujeto, les incumbirá el mismo cometido de notificar a las de su procedencia acerca de cualquier retardo; en fin, durante el ejercicio de su labor –leyendo ahora *sensu contrario* los deberes del vigilado–, tendrán que proporcionar, en cuanto responsables de la *vigilancia inmediata*, instrucciones a éste *á lo menos una vez por semana*, de cuya conculcación darán *conocimiento á los tribunales para el castigo que corresponda*²⁹⁵. Al intimar al condenado a la observancia de las reglas prefijadas por la

290 V. gr., art. 180, 2º párr., o el 233, párr. 1º, CP 1848.

291 Art. 42 *in fine* CP 1848: “Siempre que un penado quede bajo la vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno”, redacción que reproducen los demás Códigos herederos de éste, salva la adaptación del CPC 1875, art. 38 *in fine* en donde “[...] se dará conocimiento de ello á la autoridad competente”; el Proyecto de 1845 (ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 589 [art. 105]), con levísimas variaciones gramaticales, también lo disponía así. Y el PRCP 1869, art. 42.1ª, resulta diáfano, como en otras oportunidades, al respecto: “[...] la autoridad judicial [...] lo pondrá en conocimiento de la administrativa del pueblo en que se encuentre el penado”.

292 Art. 6º ROSVA 1849.

293 Art. 11 ROSVA 1849.

294 Arts. 1º y 4º ROSVA 1849.

295 Arts. 4º y 9º ROSVA 1849 *in fine*; y art. 12: “Que cuando infrinjan los penados cualquiera regla de inspeccion que les esté prescrita, ó cometan en concepto de las

autoridad con cláusula tan abierta que quedan por consiguiente al arbitrio de ésta, se hacía más necesaria que nunca una salvaguarda de sus derechos contra el intento de imposición de cualquier regla injusta o abusiva, a lo cual se acudiría por la ley de 8 de julio de 1866 poniendo a disposición del reo que se creyese agraviado el recurso de acudir en queja al gobernador provincial y, en ulterior instancia, al gobierno²⁹⁶; doctrinalmente, con la escasa literatura suscitada por esta figura penal, no faltó algún atisbo de directriz enderezada a poner coto a las amplias facultades de la instancia vigilante: Vicente y Caravantes, puesto a caracterizar esta pena, conecta con la filosofía que la anima al conceder que “[...] es útil, porque es una garantía tomada en el interés general, y asimismo *moral* y *correctiva*; no es necesario que sea ejemplar, ni aun debe serlo respecto del público según opinan algunos, porque no debe hacerse pública para no herir á los culpables con una especie de reprobación universal, dificultando la enmienda de su conducta. Por esto quieren algunos que cuando se obligue á presentarse á los penados á la autoridad, no sea en los actos públicos”²⁹⁷. La real orden de 1849 no olvida atender, junto a tales obligaciones sustantivas, a las de índole burocrática que competen a dicha autoridad que va a ejecutar la vigilancia: alcaldes y comisarios, en su *vigilancia inmediata*, abrirán un registro foliado para anotar en él la conducta, circunstancias y vicisitudes de los penados y darán “mensualmente cuenta al Gefe político, tanto de las alteraciones ocurridas durante este período en los penados sujetos á su inmediata vigilancia, como de la conducta que hubieren observado”²⁹⁸; la *vigilancia superior* de los sujetos por los jefes políticos impone a éstos abrir “al efecto un registro general foliado en que se anoten la conducta, circunstancias y vicisitudes de cada uno”, así como remitir “mensualmente al Ministerio un estado expresivo de los penados sometidos á su vigilancia, manifestando circunstanciadamente en él la conducta que hubiesen observado durante el indicado período”, información de que usará el go-

autoridades encargadas de vigilarlos alguna falta punible, se dé conocimiento á los tribunales para el castigo que corresponda”.

296 Ley de 18 de julio de 1866, art. 8º, 2º inciso. ARENAL, “Congreso... Amberes...”, p. 263, hace mención, en 1890, *de los abusos y del celo indiscreto* vigilante, de ahí su disconformidad con que el control de los individuos proclives –ella diserta centrada en los excarcelados– desde la perspectiva delincencial, ora de la culpabilidad, ora de la peligrosidad, quede en sus manos.

297 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 148.

298 Arts. 9º y 10º ROSVA 1849.

bierno para ejercer su *alta vigilancia*²⁹⁹; muy pronto, hacia 1851, la práctica puso de manifiesto que no era necesaria una afluencia tal de información, bastando partes de conducta más espaciadas: “[...] teniendo presente que las vicisitudes en tan corto plazo suelen ser por punto general insignificantes, dando sin embargo motivos para un trabajo ímprobo”, su remisión pasó a ser cuatrimestral³⁰⁰, pero sólo por economía del control y sin minusvalorar su transcendencia. Para el *estado normal* por el que la Ley de Orden Público de 1867 comienza su regulación de tal materia, “se formarán asimismo padrones especiales, con el carácter de reservados, de los licenciados de presidio, sujetos á la vigilancia de la Autoridad, jugadores de profesión, vagos y demás personas de modo de vivir sospechoso”³⁰¹; esto es: los peligrosos de siempre.

El Proyecto de 1869 repite el apunte de las consabidas atenciones que ha de cubrir la autoridad: la puesta de la condena en conocimiento de la administrativa local se llevará a cabo ora por la judicial, ora por la también administrativa a cuya disposición se hallare el penado (así se procuraba garantizar pasadas vaguedades); las hojas de ruta con itinerario señalado serán preparadas por la autoridad administrativa, que se ocupará además de los avisos pertinentes a las autoridades locales afectadas por todo traslado del reo, al igual que al tribunal sentenciador; la autoridad prefijará, en fin, las prescripciones de inspección sobre el sujeto³⁰². El Proyecto de Silvela comparte entre la autoridad local y la provincial el control de la residencia y el domicilio; a la local encomienda las reglas de control personal por medio de la presentación; y a la gubernativa la facultad, en una línea hasta entonces inédita, “[...] para penetrar y practicar registros ó pesquisas en el domicilio del condenado, de día ó de noche, sin autorización judicial”. Mas no acaba ahí su originalidad, toda vez que, para vagos y para reincidentes por delitos también punidos con sujeción a vigilancia, posibilita como modalidad ejecutiva que el Ministerio de la Gobernación pueda “[...] prohibirle residir en poblaciones

299 Arts. 7º y 8º ROSVA 1849. Por su parte, la ley de 18 de julio de 1866, en su art. 9º, subraya que “el Gobierno queda encargado muy particularmente de que respecto á los que estén bajo la vigilancia de la Autoridad se cumplan, no solo las disposiciones establecidas en el art. 42 del Código penal, sino todas las que á su consecuencia se fijan en la Real orden espedita en 28 de Noviembre de 1849”.

300 “Real orden, determinando que los estados de penados sujetos á la vigilancia de la autoridad se remitan por los Gobernadores al Ministerio cada cuatrimestre, y no mensualmente como estaba mandado”, de 28 de marzo de 1851, en *CLE* 52, disp. 338, p. 467.

301 Art. 12 LOP 1867.

302 Art. 42 PRCP 1869.

de más de cierto número de habitantes” (un destierro) “ó señalarle el pueblo de su naturaleza ú otro como lugar fijo de residencia, durante el tiempo de la condena” (un confinamiento), o incluso “[...] si el reo fuere extranjero, [...] podrá expulsarlo perpetuamente del territorio español”³⁰³, cláusulas que podían forzar la naturaleza de la medida –una mera *consecuencia del delito*, un simple *complemento de la pena*– hasta extremos de lo más gravosos y afflictivos; con buen criterio, se les negó la positivación en el Código hispanomarroquí de 1914, por lo demás tan ajustado al Proyecto presentado en la Península treinta años atrás. La Ley de Vagos de 1933, como peculiaridad reseñable, creaba los delegados especiales, a quienes correspondía dictar las disposiciones tutelares, mantener periódicamente informado al tribunal (el cual desempeña la función revisora) y les implicaba en el objetivo *de proporcionar trabajo, según su actitud y conducta, a los sujetos a su custodia*³⁰⁴. En la recentísima *libertad vigilada* de 2010, desplegado su curso ejecutivo, “el control judicial al que se somete al sujeto se ejerce por el juez o tribunal sentenciador, a partir de los informes elaborados por los órganos competentes”, interviniendo además el juez de vigilancia penitenciaria³⁰⁵.

En definitiva, cabe recapitular que el encargo de la vigilancia inmediata se dirigió, desde la introducción de esta pena, a las autoridades locales; ello hasta su transformación en medida, convergente con la implementación moderna de organismos policiales y de *delegados* para el desempeño de esta labor. Complétase el esquema con la superior fiscalización gubernativa, ora de ámbito provincial, ora de escala nacional; mientras que en el origen de la condena y con un seguimiento más o menos intenso de su ejecución queda la autoridad judicial. En todo caso, parece que la vigilancia directa, material, inmediata ha recaído sobre la policía: en la obra de Concepción Arenal, flanqueados por sabrosos informes sobre el operativo de la vigilancia, comparecen en varias ocasiones sus recelos ante tal atribución con despliegue *de*

303 Art. 71 PCP 1884, más un nº 118 concordante por lo que a los vagos atañe. Ya se ha reprochado al Código de 1822 una previsión parecida, sólo que en él amenazaban al sujeto a vigilancia un confinamiento y un arresto (cfr. nota IX/210).

304 Art. 4º.7ª LVM 1933. La sistematización de los distintos cometidos, con la atribución y la responsabilidad de su ejercicio, se realiza en el Título II, sobre “Procedimiento” (arts. 9º a 21, con particular relevancia del número 17).

305 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 597; repásense los arts. 105.1 CP 1995, según L. O. 5/2010, apt. 27º; 106.2 CP 1995, según L. O. 5/2010, apt. 28º, y en relación a los arts. 97 y 98 CP 1995.

cara al público, en la línea de Vicente y Caravantes o Bernaldo de Quirós³⁰⁶; tomémosle un par de muestras:

[...] cuando se trata de criminales muy peligrosos ó de reincidentes empedernidos, nos parece mal la *especial*. ¿Á qué se reduce ésta? En último análisis, á ahorrar trabajo al que vigila y poner al vigilado en condiciones favorables para la reincidencia. Si es un liberto que se conceptúa peligroso, la policía debe saber cuándo sale de la prisión, observar lo que hace, adónde va, y si se dirige adonde le está prohibido ir; en qué emplea el tiempo, con qué personas anda, etc., etc. Si le ve en mal camino, debe amonestarle *secretamente* de que está vigilado, de que se le siguen los pasos, de que se halla en gran peligro de infringir la ley y que no la infringirá impunemente. Esta vigilancia secreta, positiva, esta amonestación severa pero no pública, serán más eficaces para contenerle que las presentaciones á la autoridad, las prohibiciones de cambiar de domicilio y todas las vejaciones con que se denuncia al público el secreto que el culpable quiere y necesita guardar de su vida anterior. Se dirá que esta vigilancia constante y disimulada exige más trabajo y, por consiguiente, más personal; pero responderemos que, sustrayendo á ella los miles de libertos que no deben vigilarse, queda personal de sobra para *vigilar*, sin *perseguir* ni *infamar*, á los centenares que deben ser vigilados³⁰⁷.

No se olvide el contexto discursivo en que se expresa la ínclita penóloga, refractaria a la vigilancia especial de la autoridad como regla absoluta para la fase postpenitenciaria de las condenas reclusorias. Además:

El que disfruta de libertad provisional tiene que estar muy vigilado y muy bien; es decir, que se necesita un personal de vigilancia activo, probo y bastante inteligente para aplicar reglas que, por muy claras que parezcan en estas materias y con tal clase de personas, dejan siempre algo á la arbitrariedad: se tiene ó no este personal.

[...]

Cualquiera que sea la forma que se dé á la libertad condicional, siempre tendrá por condición esencial una vigilancia inteligente, perseverante y honrada³⁰⁸.

Esta vigilancia no es ya exclusivamente precautoria o defensiva: un suplemento correccional –no podía ser de otra manera–, de ninguna manera *ejemplar*, aparece aquí bien evidente. Con todo, la jurisprudencia puso siem-

306 Cfr. notas IX/69 y IX/297.

307 ARENAL, “Congreso... Amberes...”, pp. 265-266; (cfr. nota IX/412).

308 ARENAL, “Informe... en Estocolmo...”, pp. 31, 33 (no hay dificultad en percibir que la autora hace sinónimas las libertades *provisional* y *condicional*). Igualmente, a SILVELA, *El Derecho...*, t. I, pp. 483-484, todo el quid de la libertad provisional se le resuelve en diligente vigilancia.

pre buen cuidado en diferenciarla de una libertad condicional que tanto se le aproxima en sus objetivos, hallando siempre, pues, en el quebrantamiento de aquélla un delito independiente del primitivo³⁰⁹, según el régimen que paso a examinar.

6. Incidencias durante el tiempo de la condena: quebrantamiento y comisión de nuevos delitos

Ya se ha tratado de las consecuencias que apareja al reo el Código de 1822 ante su inobservancia de las reglas de vigilancia o incluso una conducta meramente sospechosa: la autoridad local “[...] podrá exigirle fianza de buena conducta [...]; y si no la diere, confinarle en un pueblo ó parte de él donde pueda trabajar, y aun arrestarle por el tiempo que crea conveniente, si quebrantare este confinamiento; pero sin excederse nunca del término señalado á la [...] vigilancia”³¹⁰, lo que confiere una atribución a la autoridad local de no pacífica aceptación entre los parlamentarios trienales: “¿es posible que á una autoridad local, que según nuestro sistema constitucional no tiene ninguna atribucion de juzgar, se le permita aquí que pueda imponer una pena, y pena corporal, sin haber formado juicio, saliéndose de la esfera de sus atribuciones? ¿Y por qué causa? Porque una persona sujeta á una pequeña pena no puede por sí, ó por no encontrar otra conocida, dar fiador” –se opuso Marín Tauste³¹¹–. Le contestó, por la comisión, Joaquín Rey con el argumento de que “el señor preopinante ha dicho que las autoridades locales no son judiciales. Su principal atribucion no es judicial; pero en cierto modo lo son tambien. Las autoridades locales pueden conocer judicialmente de cosas de poca entidad, y aun de ciertos crímenes: pueden conocer de las injurias livianas.

309 SAENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos...*, t. I, p. 460.

310 Arts. 78 CP 1822 y 81 PCP 1821.

311 *DSC 1821-1822*, t. II, nº 91, ses. 24-XII-1821, p. 1457 (recupérese el art. 242 CPME 1812); y discurre el mismo tribuno: “en esto ya me parece que la comision da aquí á la autoridad local la facultad de imponer una pena que excede y sale de su esfera, condenando á los reos á la corporal que la comision señala en este artículo. Para imponérsela no les forma causa, pues que le está prohibido á la autoridad local, además que no es proporcionada, y muy duro el sufrir destierro ó prision, solo porque el reo no puede dar fianza. Me parece, digo, que esto no está conforme con los principios generales del sistema constitucional, ni cierra la puerta á las arbitrariedades, sino que la abre tan por entero á la autoridad local, que casi hace necesaria la aplicación de esta pena”.

[...] Siendo, pues, ligera la pena que aquí se propone, y no pudiendo nunca ser muy grave, me parece que no hay ninguna contradicción con los principios constitucionales en que se añade esta nueva atribución á las autoridades locales³¹²; convincente, al parecer, así se aprobó. Ya con atribución al juez de primera instancia³¹³, el reo que, sufriendo la sujeción –ordena el Código de 1822–, “cometiere otro delito que no sea caso de reincidencia, sufrirá la pena respectiva del nuevo delito con el aumento de una sexta parte mas, sin perjuicio de cumplir tambien la condena anterior”³¹⁴ (cláusula de nueva factura, ausente del Proyecto, pero injerida en él por las últimas “Reformas...” propuestas por la comisión³¹⁵), mas, de darse la reincidencia calificada por el propio Código³¹⁶, se impondrá al sujeto la misma vigilancia pero *con tres meses de arresto* por la primera vez y *con un año de arresto* por la segunda³¹⁷.

Versa uno de los títulos del Proyecto de Sainz de Andino sobre *la agravación de pena a los que quebranten sus condenas*, pero no contiene mención alguna a los supuestos de incumplimiento de las reglas ejecutivas por el sujeto a vigilancia. La eventualidad de una reincidencia, queda resuelta de este tenor: “el que reincidiere en un delito por el cual hubiere quedado sujeto a la vigilancia especial de las autoridades por más tiempo de seis años, tendrá esta sujeción por los días de su vida, después que haya cumplido la pena corporal que se le imponga por el segundo delito”³¹⁸, uno de los supuestos, con el de indulto, que desmienten la liminar denominación de la pena: *sujeción temporal a la vigilancia de las autoridades*³¹⁹.

312 DSC 1821-1822, t. II, n° 91, ses. 24-XII-1821, p. 1457 (revisese el art. 275 CPME 1812).

313 A José María Calatrava le importa recordarlo a la Cámara: “si además de quebrantar el confinamiento cometiere el sentenciado otro delito, entonces sí que debe conocer el juez de primera instancia” (DSC 1821-1822, t. II, n° 91, ses. 24-XII-1821, p. 1457).

314 Art. 80 CP 1822.

315 DSC 1821-1822, t. III, n° 111, ses. 14-I-1822, p. 1801.

316 Art. 116 CP 1822: “Los que hayan sido condenados judicialmente por alguna culpa ó delito de los que no tengan señalada por la ley pena corporal ni infamatoria, ni inhabilitacion perpetua para obtener empleos ó cargos públicos, incurrirán en reincidencia cuando dentro de los dos años siguientes al dia en que hubieren cumplido su condena, ú obtenido el indulto particular por aquella culpa ó delito, cometan otra ú otro que esté comprendido en el mismo título de este código que el primer delito ó la primera culpa” (y es el 118 PCP 1821).

317 Art. 119 *in fine* CP 1822 (en PCP 1821, el 121).

318 Art. 1139 PCC 1831. Es el Título 16 del Libro 2º el dedicado a los quebrantamientos de condena.

319 Art. 36.3º PCC 1831.

El Proyecto de Código de 23 de diciembre de 1845 apercibe que “el que quebrantare las reglas de vigilancia a que esté sujeto, sufrirá el arresto de primer grado”³²⁰ (y dicho arresto, pena admonitoria leve, puede durar de uno a quince días³²¹); en cuanto a la reincidencia, se contrae su tratamiento –visto ha quedado– a tomarla en consideración nada más que como circunstancia agravante³²². No varió en mucho el Código de 1848 la respuesta al quebrantamiento dada por su texto preparatorio y

El sometido á la vigilancia de la Autoridad que faltare á las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor³²³.

Es, a decir de Vizmanos, “pena demasiado grave para el caso, y que muy bien pudo sustituirse agregando á la vigilancia la pena de caucion”³²⁴; también a Pacheco le asalta el temor de que “[...] alguna vez habría de ser excesiva”³²⁵. En cambio, ahora, si comete otro delito o falta, en aplicación de la regla general del Código, “será condenado en la pena señalada por la ley á la nueva falta ó delito en su grado máximo”³²⁶. Ésta es una regulación que, habiendo pervivido en la reforma de 1850³²⁷, pasa en 1869 al Proyecto de Pedro Gómez de la Serna, con variantes sólo gramaticales, e incluso al Proyecto de 1870 sobre el que deliberaron las Cortes³²⁸. Debe ser aquí consignado de nuevo el decreto de 6 de febrero de 1862, en cuya virtud “está exento de responsabilidad el Alcalde por la desaparicion de un penado sujeto á la vigilancia de la autoridad, cuando se verifica aquélla sin consentimiento ni autorizacion

320 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 622.

321 ACGCP, ses. 5-XI-1844, a. 14, p. 580 (arts. 91 y 92, párr. 2º).

322 ACGCP, ses. 20-XI-1844, a. 19, p. 614. Véanse *ibidem*, ses. 19-X-1844, a. 8, pp. 530-531; ses. 14-XI-1844, a. 17, pp. 598-601; ses. 20-XI-1844, a. 19, pp. 611-614; y ses. 10-XII-1845, a. 58, p. 1048.

323 Art. 124.11^a CP 1848. Quisiera PACHECO, *El Código...*, p. 491, ver esta cláusula –*lo que no es quebrantamiento de condena*– integrando el artículo 42, definidor del contenido de la pena en cuestión, y no acá. Véanse los arts. 2º, 4º y 12 ROSVA 1849 en notas IX/286, IX/287 y IX/295.

324 VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 394.

325 PACHECO, *El Código...*, p. 491.

326 Art. 125.4^a CP 1848. Véase PACHECO, *El Código...*, pp. 500-501.

327 Con idéntica numeración, convertida –y concorde– en 120.11^a y 121.4^a CPC 1875.

328 Respective, arts. 124.8^a y 125, párr. 1º, PRCP 1869, en relación con las “Notas” a CP 1870, ed. cit., p. 76.

de ésta”³²⁹. Sustrayéndose a la mera copia del corpus de 1848, no faltan en los textos descendientes por línea recta de éste algunas modificaciones de distinto calado: el Código caribeño de 1879 incorpora una cláusula muy puesta en razón al precepto atingente al quebrantamiento: “[...] serán condenados al arresto mayor, cumplido el cual continuarán sujetos á la vigilancia de la Autoridad hasta extinguir esta pena”, y rehace el de la reincidencia, si bien deja igual la solución en la parte que nos interesa; el articulado filipino de 1884, fruto de la misma comisión codificadora de Ultramar, se pliega a esta última conminación al reincidente, mas hace desaparecer toda referencia al quebrantamiento de la sujeción a vigilancia³³⁰.

Este tipo de reglas pierde cierta presencia, acaso en un proceso de progresivo desprendimiento de la técnica penológica, al negársele a la vigilancia de la autoridad el carácter punitivo que hasta el Proyecto de los hermanos Silvela se le había venido confiriendo; su propuesta legislativa aborda el quebrantamiento remitiéndose a la ya citada cláusula sobre vagos y reincidentes, si es que ya no se le estuviere aplicando, pues si así fuere, “se castigará con la pena de arresto de dos á seis meses”³³¹. Dicha cláusula –recordémosla aquí para quebrantamiento y reincidencia– consiste en poder declarar los tribunales sujeto a vigilancia especial al reo reincidente en delitos que aparezcan sujeción a vigilancia, pudiendo en tal caso el Ministro de la Gobernación constreñirlo a restricciones domiciliarias similares a los tipos de destierro y confinamiento, o incluso decretar su expulsión como extranjero si lo fuere³³², con todo lo que ello arrastra de agravación penal en la fase ejecutiva, conforme expuse al considerar el deber de observancia de las reglas impuestas por la autoridad. Sí urde previsiones Quintiliano Saldaña contra el contraventor de las reglas: detención provisional y, en su caso, pérdida de los beneficios de la condena condicional³³³. Mas, en la línea arriba apuntada, el Código Penal de 1928, cuando se detiene a deducir efectos al quebrantamiento –puede entenderse obstaculización– de las medidas de seguridad³³⁴, omite hacerlo con respecto al sometimiento del delincuente a la vigilancia de la autoridad. Por el contrario, la Ley de Vagos de 1933 precave que “el quebrantamiento

329 ABELLA, *Manual...*, p. 89.

330 Arts. 127.8^a y 129.1^a CPCPR 1879; 127 y 129.1^a CPF 1884.

331 Art. 118 PCP 1884.

332 Art. 71, últ. párr., PCP 1884.

333 SALDAÑA, “La reforma...” [136], pp. 113-115 (arts. 71 y 79 ACP 1920). Cfr. notas IX/97 y IX/98.

334 Arts. 506 a 511 CP 1928.

de la sumisión a la vigilancia de la Autoridad, será castigado con la pena de arresto mayor³³⁵ y que si desobedecieren los sujetos peligrosos sometidos a vigilancia las disposiciones tutelares de los delegados “[...] o demostraren con sus actos la ineficacia de la medida, el Tribunal la revisará y podrá sustituirla por la de internamiento en cualquiera de sus modalidades. En este caso, el tiempo transcurrido en la sumisión a la vigilancia de los Delegados, no se computará en el de la duración de la medida transformada³³⁶. La ley de 1970, en fin, vuelve a pasar por alto estos aspectos. En consecuencia, para la sujeción a vigilancia, la respuesta preponderante así al quebrantamiento como a la reincidencia ha sido la del Código de 1848, ya prefigurada en el Proyecto de 1845 y mantenida en las diversas revisiones de aquél e incluso parcialmente en la Ley de Vagos y Maleantes: arresto mayor, *de uno á seis meses*³³⁷, ante la primera contingencia y pena en grado máximo ante la segunda. Y la comisión de una nueva infracción verá agravada siempre su sanción por el hecho de estar el culpable sometido a vigilancia.

7. Prescripción de la pena

Esta forma de extinción de la responsabilidad criminal ya la vimos contemplada por el primer Código español únicamente en su referencia a la acción penal, pero no a la condena ya dictada³³⁸. Como el Proyecto de 1830 carece de esta herramienta punitiva, llegamos de entrada a la prescripción prevista por Sainz de Andino para la condenación a vigilancia de la autoridad, que correrá entre *el doble tiempo del que esté prefijado en la sentencia* y cinco años³³⁹. Como trasunto que es un texto del otro, sufre la vigilancia en 1834 aquella suerte de 1830; pero al llegar al texto alumbrado en 1845 encontramos que lo preterido no es ya la pena, sino la prescripción a que debería ajustarse: figuran previstas las de las penas aflictivas, correccionales y admonitorias³⁴⁰, sin acordarse de aquella otra categoría accesoria adicionada para imponer *según los casos y circunstancias*³⁴¹. El Código de 1848, teniendo la sujeción

335 Art. 8º LVM 1933.

336 Art. 17, párr. 11º y 12º, LVM 1933.

337 Art. 26, 8º párr., CP 1848.

338 Arts. 178 CP 1822 y 181 PCP 1821.

339 Art. 1190 PCC 1831.

340 ACGCP, ses. 1-II-1845, a. 1, p. 623.

341 Váyase a ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, p. 581.

a vigilancia por pena correccional, la deja prescribir a los diez años³⁴², lo cual se repite en 1850 y en el articulado carlista del 75³⁴³, pero también, pues el texto de 1870 no se aparta de dicho término³⁴⁴, en cuantos derivan de éste y reputan pena, de alguna manera, esta vigilancia³⁴⁵. Visto que el Código deja de pronunciarse en torno a la prescripción de las penas accesorias, siéndolo la *sujeción* de 1848 a 1870, su silencio lo interpreta Groizard en el sentido de que concluyen y se extinguen con las principales a que van unidas³⁴⁶.

8. Casos de sujeción

No se presume ni mucho menos inocente mi elección del término *casos* en lugar de *tipos*; la elección no es caprichosa, pues, entre los casos para los que la vigilancia penal se concibe, los hay, de acuerdo con lo ya expuesto, de varios órdenes: unas veces se apareja, sí, a determinados delitos (y ahí seguiría cupiendo sin desentono el rubro de tipos delictivos), ora como pena principal, ora como complementaria y de aplicación subsiguiente, pero en otras ocasiones acompaña accesoriamente, desde 1831, a penas principales por regla fija y en tales no parece de recibo seguir hablando de tipos, de conductas típicas asociadas a la sujeción a vigilancia de la autoridad, sino que el vínculo se produce con otras consecuencias jurídicas del delito; todavía, la disímil trayectoria de esta institución como extravagante a la penalidad –cristalizada en la silveliana figura consecencial o complementaria o en la medida de seguridad– acumula isodinámicos argumentos en pro de rectificar la terminología. Con esta aclaración, que es realmente un recordatorio, se está en condiciones de seguir los pasos de la sujeción a vigilancia a lo largo de los textos penales españoles que le franquean la entrada a su *parte especial*.

El corpus de 1822 apenas da consideración de pena principal a la sujeción a vigilancia, sólo en dos supuestos: el de rebeldes y sediciosos que no sean jefes y se sometan al primer requerimiento, y el del envenenador

342 Arts. 24 y 126, párr. 4º, CP 1848.

343 Arts. 24 y 126, párr. 4º, CP 1850 y arts. 122 y 23 CPC 1875.

344 Art... (sin numerar, en Título VI) PRCP 1869, p. 284, y art. 24; art. 134 y 26 CP 1870.

345 Arts. 132 y 24 CPCPR 1879, arts. 131 y 26 PRCP 1880, arts. 132 y 25 CPF 1884.

346 GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código...*, t. II, p. 714.

que desistiere de su acto³⁴⁷. Sucede, en cambio, a otra pena (una reclusión o una prisión) para las conductas típicas siguientes: propagación persistente de doctrinas contrarias a los dogmas católicos, atentados a la libertad individual (proposición hecha y no aceptada), desistimiento de jefes rebeldes y sediciosos (tipo atenuado), y organización de motines o tumultos, preceptuándose, además, para todo condenado por robo o hurto y, facultativamente, para responsables de estafas y de ciertos daños³⁴⁸. También se aplica a los que desistan y descubran tramas o conjuraciones con tiempo para precaverlas³⁴⁹. Otra previsión de una vigilancia ejercible por la autoridad, de no menor polémica en la discusión del Proyecto³⁵⁰, la insiere el Código al querer reglar los actos internos del delito, es decir la tentación criminal: “el pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución del delito, no están sujetos á pena alguna, salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley”³⁵¹; tras su lectura, el portavoz de la comisión se apresura a aclarar que “[...] en ningún caso propone que se castigue con pena alguna el pensamiento y la proposición de delinquir; y que el motivo de poner la excepción que se expresa al final de este artículo es [...] el de no cerrar la puerta á que en los Reglamentos que han de completar este Código se pueda, si pareciere conveniente, adoptar algunas medidas de mera precaución, con el fin de evitar la ejecución de los delitos, y la triste necesidad de castigar á sus autores”³⁵²: no hay, pues, pena, sino *medida de precaución*, que nosotros podríamos catalogar hoy como medida de seguridad predelictual, admitida por la ley, aunque de determinación diferida a los reglamentos.

347 Arts. 292 y 636 CP 1822.

348 Arts. 229 y 594, 248, 292, 303, 754, 772 y 806 CP 1822.

349 Art. 129 CP 1822.

350 Váyase a DSC 1821-1822, t. II, n^o 67, ses. 30-XI-1821, pp. 1044-1047.

351 Art. 9 tanto en CP 1822 como en PCP 1821.

352 DSC 1821-1822, t. II, n^o 67, ses. 30-XI-1821, p. 1044; y arguyó más: “[...] la comisión debe contestar que está tan distante de creer que el pensamiento y la resolución de delinquir, cuando no se ha cometido ningún acto para empezar ó preparar la ejecución del delito, deban estar sujetos á pena, que ni en un solo artículo de todo este proyecto ha aplicado la más mínima á semejante caso. Mas con todo, la comisión ha tenido presente que si se trata, por ejemplo, de una ordenanza ó reglamento particular de policía, podrá haber casos en que á la resolución de delinquir, manifiestada ó de palabra ó por medio de un papel, se crea oportuno no el imponerle una pena, sino aplicarle una vigilancia como medida de precaución, á fin de que la ejecución del delito no tenga efecto” (*ibidem*).

Trae el Proyecto de Código de 1831 abundante preceptiva en que la pena aquí tratada funciona como accesoria de otras: “la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades, además de los delitos a que se impone por determinación expresa de la ley, procede de derecho en todos los que hayan sufrido las penas de trabajos públicos en arsenales y presidios; la de confinación en éstos o la de reclusión que exceda de cinco años”; además, aguarda a “los reos condenados a las penas de obras públicas municipales, reclusión de cinco años o de menos tiempo, prisión en fortaleza o de extrañamiento temporal del Territorio Español, [...] después de haber cumplido su pena”; también, pero por razón del tipo de delito, a quienes atenten contra el Soberano y la seguridad del Estado, cualquiera que fuere la pena; estarán asimismo sujetos a ella “los que obtengan indulto de las penas de muerte, trabajos perpetuos, deportación o extrañamiento perpetuo del Reino, [...] a menos que el mismo indulto o por gracia especial posterior se les dispense de esta sujeción”, de acuerdo con lo establecido para todo indulto de cualquier pena temporal; de la misma manera, “siempre que por minoría de edad se deje de imponer al reo la pena ordinaria corporal del delito, quedará sujeto después de cumplida la que se imponga a la vigilancia especial”; por último, pueden quedar sujetos a ella tanto el absuelto por falta de pruebas, pero señalado con tales indicios de culpabilidad que el tribunal hallare conveniente exigirle fianza de buena conducta y no la diere, como el reo de delito *enorme* que por beneficio de la prescripción quede exento de la pena y tampoco preste la fianza que el tribunal le señale³⁵³. Incurrir en ella por disposición genérica todo reo de delito contra el Soberano y la seguridad del Estado, de asonada, de vagancia y de estafa, después de cumplida la pena³⁵⁴, sólo a discreción del tribunal para los daños con violencia³⁵⁵; también para su ejecución subsiguiente a la pena de libertad, se dispone en el desistimiento de delito de lesa majestad, en la omisión del deber de descubrir la conspiración de un familiar y en el mero concierto para formar cuadrilla de malhechores³⁵⁶. Es pena principal para el conjurado contra el soberano, el rebelde o el sedicioso arrepentido y colaborador con la Justicia, para los meros asistentes a un acto sedicioso y para el confabulado que denunciare la conjuración³⁵⁷. Carácter sustitutivo y secundario reviste su

353 Arts. 98, 99, 100, 101, 102, 121, 158 y 1194 PCC 1831.

354 Arts. 100, 418, 458, 1062 PCC 1831.

355 Art. 1108 PCC 1831.

356 Arts. 263, 267, 363 y 364 PCC 1831.

357 Arts. 262, 330, 344, 347 y 364 PCC 1831.

imposición al que habiendo apostatado públicamente en el extranjero del Catolicismo, vuelva luego al seno de la Iglesia y a España³⁵⁸. En otras ocasiones habla el texto de vigilancia especial de las autoridades, pero no en cuanto pena ya, sino en cuanto contenido de la confinación o confinamiento³⁵⁹.

En las escalas graduales de 1845, enunció de la sección encuadrante el comisionado Domingo María Vila que “[...] de los delitos políticos [...] trata esta escala”³⁶⁰, lo cual no resulta luego, frente a los preceptos de tal clase, justificado en absoluto por lo respectivo a la sujeción³⁶¹. Como el de Sainz de Andino, este Proyecto de la Comisión Penal constituida en 1843 comienza a aplicar la sujeción a vigilancia ya en su parte general, pues “todo sentenciado temporalmente a trabajos forzados o reclusión queda de derecho sujeto” a ella tras el cumplimiento e igualmente “[...] los que sentenciados a muerte, a trabajos perpetuos, a relegación o extrañamiento, obtuvieren gracia de S. M. que los libre de condena”; sin embargo, decantándose por no primar la accesoriadad, adiciona que “en los demás casos la vigilancia no será efecto consecuen- cial de la pena sufrida, sino que habrá de imponerse en las sentencias cuando la ley lo señale, salvo las penas que envuelven dicho sufrimiento”³⁶², con lo que pretende utilizar en adelante una vigilancia ya principal, ya complementaria (que no es accesoria, como bien distinguía Pacheco). Ello no acaece con regular frecuencia: cualesquiera personas “[...] que se hicieren reos de prostitución o corrupción de menores a favor de otros, serán [...] sometidas a la pena de vigilancia por el tiempo que los Tribunales determinaren”³⁶³; “siempre que la pena impuesta por un delito contra la propiedad no lleve aneja la de vigilancia, los Tribunales podrán aplicarla acumulativamente”³⁶⁴; entra en juego para la mayoría de delitos de *vagancia y mendicidad injustificada*³⁶⁵;

358 Art. 229, 2º párr., PCC 1831.

359 Arts. 569, 570 y 810 PCC 1831.

360 ACGCP, ses. 12-XI-1844, a. 16, p. 595.

361 Váyase a ACGCP, ses. 16-VI-1845, a. 39, pp. 907-913. Sólo se la verá unirse a un hecho típico entre los de naturaleza política –y esto, con criterio lato y flexible–: la pertenencia a asociación ilícita de individuos que no hayan sido sus jefes, directores ni promotores (*ibidem*, p. 912); léase, sobre las asociaciones ilícitas en la criminalidad de la época isabelina, a FIESTAS LOZA, *Los delitos...*, p. 152.

362 ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, pp. 588-589 (art. 104).

363 ACGCP, ses. 30-IV-1845, a. 16, p. 732 (art. 27).

364 ACGCP, ses. 9-VI-1845, a. 34, p. 871 (art. 82).

365 ACGCP, ses. 10-VI-1845, a. 35, y ses. 11-VI-1845, a. 36, pp. 877-882 (cap. “De la vagancia y mendicidad injustificada”).

los individuos de asociaciones ilícitas “que no hayan sido jefes, directores, ni promovedores [...] quedarán bajo la vigilancia de la autoridad”³⁶⁶; “los culpables [...] que antes de la emisión de la moneda falsa y con anterioridad a cualquier procedimiento, dieren parte [...], quedarán exentos de toda pena, salvo la de vigilancia que los tribunales podrán imponerles hasta por término de cuatro años”³⁶⁷. De tales *vigilancias de la autoridad*, tan sólo las dos que cierran el recuento pueden considerarse penas principales, con todo y con ser una la menos grave de las impuestas, y la otra sólo facultativa³⁶⁸.

A decir de La Serna y Montalbán, es *pena usada pocas veces como única, y comúnmente como accesoría y complementaria*³⁶⁹. Funciona, cierto es, la sujeción a la vigilancia de la autoridad en el Código de 1848 a modo de accesoría de bastantes otras: de la pena de muerte, de la cadena, la reclusión, la relegación y el extrañamiento perpetuos que se indultaren (sin necesidad de expresar en la sentencia la futurible accesión³⁷⁰), de la cadena temporal, el presidio mayor, la reclusión, la relegación y el extrañamiento temporales, el presidio menor y el correccional, y el confinamiento mayor, que la *llevan consigo*³⁷¹. Con tales planteamientos no ha de extrañar que tan preponderante cariz de accesoriedad acabara reflejándose en la escala general de penas, mediante el traspaso de categoría oficiado por los dos Códigos decimonónicos de Ultramar; por los mismos derroteros hubo de devenir al cabo en medida de seguridad. Las aplicaciones directas de la sujeción a vigilancia de la autoridad en el Código de 1848 se reducen a la proposición para la sedición³⁷², al arre-

366 ACGCP, ses. 16-VI-1845, a. 39, p. 912 (art. sin numerar del Cap. 7º del Tít. III, Lib. 2º).

367 ACGCP, ses. 29-VI-1845, a. 47, p. 981 (art. 8º).

368 La *vigilancia* del supuesto penúltimo, concurrente con multa, tendrá a ésta por pena más grave, a tenor del orden aprobado, dentro de su escala de penas extravagantes a la general (ACGCP, ses. 7-XI-1844, a. 15, pp. 581-582). No había llegado aún la que se hará duradera regla: “la multa se considerará como la pena inmediatamente inferior á la última de todas las escalas graduales” (art. 82, párr. 1º, CP 1848, subsistente en sucesivas redacciones de la Ley Penal).

369 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 115.

370 Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Cuestiones selectas de Derecho penal vigente*, pp. 98-104.

371 Arts. 50 a 57 CP 1848. Confróntense las desavenidas posturas de VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 277, y de NAVARRO DE PALENCIA, “La pena”, p. 493.

372 Art. 180, 2º párr., CP 1848.

pentimiento espontáneo en las falsificaciones (facultativa para el tribunal)³⁷³, a la generalidad de delitos de vagancia y mendicidad³⁷⁴, a los reos de corrupción de menores en interés de tercero³⁷⁵, y, como aseguramiento, a las amenazas³⁷⁶. Me temo que tales aplicaciones, fuera de su despliegue accesorio, no arropan la caracterización de Castro y Orozco y de Ortiz de Zúñiga: “[...] se impone á delitos notablemente peligrosos para el estado, que así lo exigen por sus particulares circunstancias”³⁷⁷.

La sujeción a vigilancia permanece incólume tras la modificación legislativa de 1850 –cuando otras penas *la llevan consigo* y cuando no funciona como accesoria³⁷⁸, pero en el Código Penal carlista su presencia varía ligeramente: desaparece para la proposición de sedición y cobra distinto trazo en materia de vagos y mendigos, cuyo título se refunde, pero conservando la sujeción igualmente en todos los preceptos resultantes³⁷⁹. Ausente del Código de 1870, aún se sostenía en el Proyecto que se propuso a las Cortes el 30 de mayo de dicho año, básicamente con la penalidad heredada de 1850, salvo algún caso, como el de la pena de caución no prestada, cuya sustitutoria había

373 Art. 233, párr. 1º, CP 1848.

374 L. II, T. VI (arts. 252 a 259) CP 1848, título que ha merecido el comentario de ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, p. 245. Interpretan GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], t. III, p. 279, que incluso para el mendigo no punible, *instigado por una necesidad apremiante*. Importa asegurar en todo caso la vigilancia de la autoridad sobre el vago: así, en un amplio indulto concedido por R. D. de 19 de julio de 1850, art. 11: “exceptúanse por último los sentenciados ó encausados por delito de vagancia, si no diesen previamente caucion suficiente de dedicarse al trabajo ú ocupacion lícita, y siempre quedarán sujetos á la vigilancia de la Autoridad local y del ministerio fiscal por un tiempo igual al de la condena, debiendo esta cumplirse á peticion de dicho ministerio por mera providencia de ejecucion de las Salas respectivas de gobierno que conocieren de la aplicacion de este indulto”.

375 Art. 364 CP 1848.

376 Art. 409 CP 1848: “[...] se podrá condenar ademas al amenazador á dar caucion de no ofender al amenazado, y en su defecto á la pena de sujeción á la vigilancia de la Autoridad”.

377 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 156.

378 Respective, arts. 50 a 57, 180, párr. 2º, 239, párr. 1º, 259 a 265, 374 y 419 CP 1850.

379 El renovado artículo que, en CPC 1875, castiga, ya sin sujeción a vigilancia, la proposición de sedición es el 175; el 235, párr. 1º, el 365 y el 407 CPC 1875 se corresponden respectivamente con 233, párr. 1º, 364 y 409 CP 1848; su Título sobre la vagancia, también el VI, usa la vigilancia de la autoridad en los arts. 255 a 258 CPC 1875.

sido el arresto menor desde 1848 y que en este Proyecto había de ser la sujeción a vigilancia: finalmente recayó tal función en el destierro³⁸⁰; y en el título de la extinción de la responsabilidad criminal, casi cerrando la parte general del Libro I, “la prescripción de la pena no libra de la sujeción á la vigilancia de las autoridades á aquellos que fueren condenados á ella hasta el día en que debieran quedar libres, si la pena no hubiere prescrito”³⁸¹. De los dos Códigos ultramarinos ya se ha hecho constar que no albergan más *vigilancia penal* que la accesoria que en su parte general se hace seguir a las mismas penas principales que en 1848 y 1850³⁸².

Haré alusión también, en cuanto a sus aplicaciones no punitivas, a la nueva adecuación que, dentro del sistema de defensa social, adquiere la *vigilancia*, con la transición que supone el Proyecto de Silvela y su derivado el Código de Marruecos, en los que el tratamiento de la que aún no llaman *medida de seguridad* sigue siendo muy cercano al de la pena. Al transmutar Silvela la sujeción a vigilancia de pena a *consecuencia del delito o complemento de la pena*, prescribe que “los tribunales acordarán” (y no que *podrán acordar*) “sujetar á la vigilancia de la autoridad á los delincuentes condenados á penas aflictivas de privación ó restricción de libertad, á los reos de falsificación de moneda ó valores, de vagancia, amenazas, encubrimiento ó corrupción de menores, á los condenados como banqueros ó dueños de casas de juego, y á los reincidentes en delitos contra la seguridad general ó la propiedad ó en otros delitos de falsificación”³⁸³; tenor que copia el Código del Protectorado marroquí, con la sola variación de extraer a los reos en materia de juego³⁸⁴. Muestra de su condición de normas de transición hacia el sistema plenamente binarista es ese tratamiento análogo a las penas que practican ambos articulados, conservando la sujeción a vigilancia en buena parte de los supuestos para los mismos delitos a los que se aplicaba siendo pena; en adelante –y conecto con las reflexiones liminares de este subepígrafe–, las medidas se aperibirán en función ya de una noción general y difusa de peligro y defensa

380 “Notas” a CP 1870, ed. cit., p. 53 (cfr. arts. 43 CP 1848 y CP 1850 y art. 44 CP 1870); como accesoria, *ibidem*, pp. 55-56.

381 “Notas” a CP 1870, ed. cit., p. 78 (es párrafo que cerraba el art. 134 CP 1870).

382 Arts. 52 a 59 CPCPR 1879, 53 a 60 CPF 1884.

383 Art. 40.4^o PCP 1884; su art. 339 PCP 1884 reitera que, a los vagos, “el tribunal, atendidas las circunstancias del hecho, podrá además declararlos sujetos á vigilancia especial de la autoridad”; y el 429, 2^o párr., PCP 1884, en materia de falsedades.

384 Art. 31.4^o CPPM 1914.

social, ya de los diferentes estados peligrosos descritos, y no por remisión a determinados delitos.

De esta manera, mas en evolución gradual, el corpus penal de 1928 lo que pretende es ofertar a los juzgadores una baraja de medidas “que podrán acordarse con arreglo a este Código”, sin encauzar su oportunidad según el peligro concreto (no propone un *numerus clausus* de estados peligrosos). Hace indicación de la vigilancia especial ante el trastorno mental³⁸⁵, la gravedad del delito o la condición del delincuente³⁸⁶, pero, por lo demás, el órgano juzgador puede acudir a ella cuando lo estime procedente. La Ley de Vagos y Maleantes y la de Peligrosidad de 1970 administran expresamente la *sumisión a la vigilancia de Delegados* para casi todos los estados que reconocen (en la segunda disposición la medida en cuestión aparece omnipresente), aunque su utilización en cada caso siga quedando al prudente arbitrio del juez o tribunal³⁸⁷. El mismo sector criminológico que vio nacer la sujeción a vigilancia en la *antigua legislación*, el de la vagancia, ha retenido al pasar al Derecho codificado la prevalencia en la punición por medio de esta consecuencia jurídica del delito; incluso en la postrera aparición de la *vigilancia*, en la Ley de Peligrosidad de 1970, a *los vagos habituales*, a *los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena* se les podía aplicar, declarados que fueren en estado peligrosos y “atendidas las circunstancias que en cada uno de ellos concurran”, la *sumisión a la vigilancia de los delegados*³⁸⁸. Y, de la misma manera que una balbuciente *vigilancia especial* fue accesoria o com-

385 Art. 96 CP 1928: “Cuando el Tribunal aprecie a favor del condenado la circunstancia 1ª del art. 65, acordará que por la Administración se le haga objeto de especial vigilancia y se adopten las medidas necesarias para que, en el momento en que se observen en él síntomas de perturbación o anomalía mental, previos los reconocimientos facultativos procedentes, se le interne en un manicomio judicial”. Del art. 65.1ª CP 1928 recogemos dicha circunstancia: “El estado mental que, sin determinar la completa irresponsabilidad [...] acuse disminución en la conciencia para comprender la injusticia de los actos, o en la voluntad para obrar de acuerdo con ella”.

386 Art. 107 CP 1928: “Los Tribunales, en los casos en que por la gravedad del delito o condición del delincuente lo consideren oportuno, podrán acordar en las sentencias que, por los encargados de su ejecución, cuando aquél haya cumplido la pena, se advierta a las Autoridades gubernativas el peligro social que represente, por si éstas entendieren que, dentro de sus facultades, deben adoptar medidas de vigilancia especial”.

387 Art. 6 LVM 1933, y el mismo número de LPRS 1970.

388 Art. 2.1º y 6º con el 6.1º y 2º LPRS 1970 (repátese asimismo el art. 2º.1º y 4º, así como el 6º.1º.c y 2º.c LVM 1933).

plementaria del presidio en la legislación dieciochesca, es ésta una utilización legal que no ha dejado de tener en lo sucesivo, para ciertas penas de libertad cumplidas o indultadas, incluso tras su conversión en medida por el Proyecto de Código de 1884 y el Código de Marruecos de 1914.

Sigue compitiendo al juez o tribunal sentenciador, según el régimen propio de las medidas, discernir la procedencia de la aplicación de esa libertad vigilada introducida en 2010 entre las medidas de seguridad del Código Penal³⁸⁹; baste repetir, por lo demás, la presentación que hace de ella el legislador:

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, [...] la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual³⁹⁰.

Como bien subrayan Muñoz Conde y García Arán, la medida apunta a dos grupos de casos con regímenes diferenciados: “como las restantes no privativas de libertad, es aplicable a supuestos de inimputabilidad o semiinimputabilidad según el régimen general propio de las de esta naturaleza [...]” y se “[...] permite imponerla también de forma acumulada a una medida de internamiento”³⁹¹. Echando la vista atrás, sin demasiado esfuerzo es posible rastrear el recurso a la vigilancia de la autoridad con bastante constancia ante muy determinadas conductas delictivas: con la mayor porfía, en la lucha contra la vagancia y la mendicidad, mas también para aligerar el reproche penal

389 Y, además, él “precisamente [...], por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada” (L. O. 5/2010, Preámbulo, IV, p. 54813).

390 L. O. 5/2010, Preámbulo, IV, p. 54812. Consúltese Javier NISTAL BURÓN, “La nueva medida de ‘libertad vigilada’: problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 793 (2010), pp. 12-14.

391 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, p. 597 (véase el art. 105.1 CP 1995, según L. O. 5/2010, apt. 27º).

a rebeldes y sediciosos desistidos o a falsificadores en análoga circunstancia, o defensivamente frente a la corrupción de menores, como casos más evidentes. *A priori* quizás hubiéramos suscrito la creencia más común de que en esta pena subyace una utilidad prevaleciente de control de la delincuencia política, mas no es eso lo que al cabo resulta de escrutar su presencia real en el articulado.

9. Cuestiones político-criminales

He reservado de propósito para una última reflexión el problema de la naturaleza que ha de reconocerse a esta figura del Derecho transgresional o represivo, un problema, con su resolución, muy condicionante de la orientación político-criminal que se adopte: ¿es, según la terminología al uso, restrictiva de libertad?, ¿es privativa de derechos?, ¿será una especie de condena condicional³⁹², bajo la espada de Damocles de un arresto privativo de libertad aguardando al vigilado que no se conduzca conforme a las reglas prescritas? El Código Penal de 1822 se distanció del inveterado precedente autóctono, en que había más de medida que de pena, y, entroncando con su genealogía francesa y napolitana –según las aportaciones de Pacheco³⁹³, pero con reconocimiento ya en la coyuntura legislativa³⁹⁴–, la introdujo en el ordenamiento español con estatus de pena³⁹⁵, recogéndola el de 1848 también con la vista puesta en el país transpirenaico³⁹⁶: en ambos precedentes europeos el enunciado dispositivo incorporaba una marcada caracterización restrictiva de la libertad ambulatoria que –esto sí– ya estaba en las ilustradas leyes patrias

392 Lo plantea BERNALDO DE QUIRÓS, “Sujeción...”, p. 239.

393 PACHECO, *El Código...*, p. 346; Von LISZT, *Tratado...*, t. III, p. 264.

394 Una de las instituciones informantes del Proyecto, el Colegio de Abogados madrileño, proponía “[...] que se expresen los efectos de la vigilancia del Gobierno, copiándose el art. 44 del Código penal francés”, según el DSC 1821-1822, t. II, nº 60, ses. 23-XI-1821, p. 923.

395 Durante los debates parlamentarios, en DSC 1821-1822, t. II, nº 67, ses. 30-XI-1821, p. 1046, se llegó a predicar de ella que es “[...] una pena verdadera y de bastante gravedad, pues la comisión la coloca la sexta de las incorporales”; más todavía: “[...] es una verdadera pena, y en mi concepto muy infamatoria” (*ibidem*, p. 1045), en lo cual a nadie ha de ocultársele ya cierta exageración.

396 Así se deja ver en los miembros de la comisión codificadora VIZMANOS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios...*, t. I, p. 260.

de vagos y exconvictos. Con el siglo XIX se muestran y consolidan dos cambios cualitativos en el tratamiento y la utilización de este tipo de penas: uno de orden normativo y común a toda la penalidad, con la definición legal de cada figura punitiva y el señalamiento de unas líneas generales en su ejecución, cambio éste nacido al amparo de las leyes generales sistematizadas que son los códigos; otro de índole teórico-doctrinal, cual es la aparición de una crítica a la configuración de estas sanciones restrictivas (deportación, extrañamiento, confinamiento, destierro) o incluso a su validez, eficacia o justicia; ello convierte a dicha centuria con la siguiente –la época del Derecho codificado– en el período más evolutivo, fuera del romano inicial, para el discurrir histórico de este tipo de castigos, tanto que habrá de abocar en su actual fase de descrédito jurídico-positivo y rotundo retroceso en su presencia dentro de los sistemas punitivos. La formulación de 1822 no acierta a expresar el núcleo básico de restricción territorial actuante en la pena de vigilancia; ello es así no porque anacrónicamente se afirme desde postulados de hoy en día, sino a la vista de su inteligencia según se manifestaba a las claras en referencias y comentarios de aquella hora: a los miembros del cuerpo legislador no les resulta nada dudoso dicho contenido y esto es lo que no fluyó tan palpablemente como debiera –y como se percibe en las sesiones de Cortes– a una primera plasmación codificada que parece no abonar una inclusión, al menos conforme a la letra de la norma, entre tales penas restrictivas de la precitada libertad³⁹⁷; pudiera convenirse en ello por una vía indirecta, a través de su posible derivación en una suerte de confinamiento *de facto* (y hasta en un arresto, en que la restricción se hará privación), como forma de ejecución subsidiaria y endurecida de esta vigilancia punitiva, cautela cuya adopción se ofrece a la autoridad competente para el caso de que la conducta del reo se le hiciere sospechosa; pero no es preciso brujulear tanto, sino que basta

397 Jeremías BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*, no la cataloga, pese a conocerla bien de cerca –aparte su erudita competencia en Derecho comparado– por la activa atención que consagró a la gestación del Código Penal español de 1822 (véase *id.*, *Cartas...*, desahogo ante el desaire que acusó con no haber sido requerido su dictamen o concurso en la fase de elaboración del texto criminal). Véase en *id.*, *Teoría...*, pp. 14, 124-126, su crítica contra la restricción penal *simple* o de *la facultad locomotiva*: deficiencias en la ejemplaridad y el escarmiento, dificultades y onerosidad del ejercicio de la vigilancia, facilidad de elusión, necesidad de pena subsidiaria de incierto efecto... Por otro lado, reflexiona en torno a las condiciones en que los penados cumplidos sean puestos en la calle, abonando la sensatez de su asistencia y control (*ibidem*, p. 299, *id.*, *Tratados...*, p. 319).

con consultar el espíritu de la institución y escapará a toda incertidumbre el carácter de restricción ambulatoria o locomotiva que traía –pena o *medida*– de sus bimbres orígenes, la codificación francesa y la *legislacion antigua* hispana. A partir de 1831, con la propuesta de Sainz de Andino (aquel “no podrán hacer ausencia de la población”), o de 1848 (“fijar su domicilio [...], no pudiendo cambiarlo”), si nos ceñimos al Derecho positivo o promulgado, la caracterización restrictiva de la libertad ambulatoria iba a hacerse unánimemente explícita; y así lo ha entendido y abordado, al reflexionar acerca de la *vigilancia penal de la autoridad*, la generalidad de autores que le han prestado alguna atención más allá de la mera transcripción de la literalidad de la ley: García Goyena³⁹⁸, Von Liszt³⁹⁹, Bernaldo de Quirós⁴⁰⁰, Antón Oneca⁴⁰¹, Cuello Calón⁴⁰², etcétera⁴⁰³. Pero toda cuestión de dogmática penal está abierta a la controversia y también ésta conoce opugnaciones a la opinión mayoritaria: así, Rodríguez Devesa, al considerar la *vigilancia* como la medida de seguridad vigente al tiempo de su glosa (el contenido, pena o medida, sigue siendo el mismo⁴⁰⁴), prefiere acomodarla entre las medidas restrictivas de derechos en general, no entre las que restringen la libertad⁴⁰⁵.

Todavía cabe preguntarse por la ubicación preferible, en buena doctrina, para la *sujeción a la vigilancia de la autoridad*: ¿nació a la Codificación bien ordenada entre las penas?, ¿resultó más científica su conversión en consecuencia del delito o complemento de la pena?, ¿estuvo más puesto en razón el marbete de *medida de seguridad*? Obviando el axioma de Montesquieu de que “todo lo que la ley llama pena lo es, efectivamente”⁴⁰⁶, una primera respuesta puede venir dada por la fuerza coercitiva que respalde la

398 GARCÍA GOYENA/AGUIRRE, *Febrero...* [1852], t. V, pp. 146-151.

399 VON LISZT, *Tratado...*, t. III, p. 262.

400 BERNALDO DE QUIRÓS, “Pena”, p. 573, entre las penas de libertad que adjetiva *centrípetas*.

401 EN ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 569.

402 CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 247; *id.*, “Apéndice”, p. 784; *id.*, *Derecho...*, pp. 675, 680, 828-829.

403 V. gr., para ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 781; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 535; PUIG PEÑA, “Confinamiento”, pp. 936-937; en más holgada homologación, MARÍA PAZ ALONSO/ANTONIO MANUEL ESPANHA, “Les peines dans les pays ibériques (XVII-XIX siècles)”, *RSJB* 57, p. 213...

404 ATIÉNDASE A SALDAÑA, “Adiciones”, t. III, p. 212.

405 RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, pp. 1014-1015.

406 MONTESQUIEU, *Del espíritu...*, p. 129.

consecuencia jurídica: “para el Derecho vigente debe mantenerse, en caso de duda, el carácter penal de las medidas conminadas. La Casa de trabajo, la vigilancia de la policía, etc., deben, pues, incluirse entre las penas” –ha dilucidado Von Liszt–⁴⁰⁷, mas, si contra su desaparición del Código se alzaron algunas voces, su recuperación y conversión en medida fue luego aceptada sin mucha disconformidad. Quizá porque siempre lo ha sido, aunque por un tiempo se le haya dado categoría punitiva: perceptivo, medita Quintano en torno a que “[...] si bien es cierto que el nombre y las características de las tales medidas de seguridad son relativamente modernos, debiéndose sobre todo a Carlos Stooss, padre de la reforma penal suiza, no lo es menos que desde tiempo inmemorial se ejerció en la lucha contra el crimen todo un aparato preventivo y represivo que rebasaba en no pocas ocasiones el ámbito de lo penal estricto. La vigilancia policíaca y el tratamiento de los inimputables [...] fueron preocupación constante de los Poderes públicos, bien que con métodos humanitarios y empíricos, mucho antes de que se formulase la doctrina de las medidas de seguridad”⁴⁰⁸. Ramírez y Burgaleta, aquel magistrado para quien en el Código vigente “se confunde el castigo con las medidas de vigilancia”, cuando, por el contrario, todas las restricciones ambulatorias deberían reputarse como tales y no como penas, no iba por descontado a excepcionar ésta; antes, las medidas de “[...] sujeción á la vigilancia, no son del dominio de los preceptos penales, sino del deber y celo de las autoridades locales, que constantemente deben saber las personas que están en su jurisdicción, para proteger el ciudadano honrado y precaver las consecuencias del malo”⁴⁰⁹. La Serna y Montalbán, ante la misma sujeción a vigilancia hecha pena correccional, le encontraban, pese a la etiqueta legal, las dos funciones, aunque acaso cargando más el acento en la segunda: “esta puede considerarse á la vez como pena y como medida preventiva. Como pena, porque siempre impone cierta nota; como medida preventiva, porque la idea de que el ojo vigilante de la autoridad está constantemente fijo sobre sus acciones, contiene en la carrera de los delitos al que una vez delinquirió”⁴¹⁰. Posiblemente en su codificada ree-

407 VON LISZT, *Tratado...*, t. III, p. 198 (*ibidem*, pp. 197-199). Léase el sentir de SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 324, sobre el particular.

408 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 569.

409 RAMÍREZ Y BURGALETA, *Código...*, pp. X, XXII (consúltense en p. 9, los arts. 32 y 33 de su “Código...”, con la vigilancia penal ausente de sus escalas).

410 GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos...* [1849], p. 101. Y, entonces, la prevención se bifurca como medida de precaución y de protección (VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 148).

laboración como pena hubiese también un designio de dotar a esta vigilancia, especialmente ejercida, con las garantías que para el sujeto llevan consigo en la ley los instrumentos punitivos.

Sin embargo de la doble función que La Serna y Montalbán diseccionaban, el problema estriba o acecha en que prepondere aquella *cierta nota* detectada en la penalidad, particularmente en su aplicación a los excarcelados, Concepción Arenal sí tuvo algo que objetar a una vigilancia en la que veía *un grave obstáculo para la obra del patronato* de los licenciados, de los libertos, es decir para la asistencia social tras la excarcelación, atribuyéndole un potencial estigmatizador –en el circuito criminógeno del proceso de reacción social y desviación secundaria⁴¹¹– que la acción correccionalista debe conjurar: “en el estado presente de la legislación penal, sería de desear que el individuo sujeto á la vigilancia especial de la policía quedara exento de ella en tanto que estuviese bajo la protección del patronato, ya hubiera sido indultado ó estuviera con libertad condicional”. Bien se deja adivinar, pues, la solución que propone acto seguido la insigne socióloga, de la cual nos impresiona más que nada esa visión de la vigilancia especial por ella conocida: “la vigilancia de la policía puede y debe reemplazarse por la protección del patronato. Éste también vigila; pero su vigilancia caritativa honra, ampara, sostiene, no es suspicaz ni implacable, ni exige instantáneas imposibles transformaciones”⁴¹², máxime si la sumisión a su obra se quiere, como en Cuello, voluntaria, libre de todo elemento coactivo⁴¹³. Situado entre la pena suprimida en 1870 –sólo subsistente para Ultramar– y el complemento de pena para el protectorado marroquí, precursor de la medida de seguridad de 1928, que había de languidecer en las leyes especiales hasta su supresión en 1995, el catedrático Aramburu y Zuloaga, no podía dejar de percibir el temprano declinar de un correctivo, *una de las penas más importantes del grupo aquí estudiado*, que con dificultad iba a rebasar el cambio de siglo:

[...] este medio penal [...] hoy tiende á desaparecer. Su institución responde á la necesidad de proteger á la sociedad contra los delincuentes más temibles, especialmente

411 Véanse, v. gr., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado...*, pp. 889-891, y GARRIDO *et al.*, *Principios...*, p. 392.

412 ARENAL, “Congreso... Amberes...”, pp. 218 (*ibidem*, p. 263) y 264; sobre la asunción de funciones de vigilancia por el patronato, compérese con la postura de SILVELA, *El Derecho...*, t. I, p. 485.

413 CUELLO CALÓN, *La nueva...*, pp. 572, desarrollando el argumento hasta la p. 576.

en la primera época después de su liberación de los establecimientos penales, mediante una vigilancia especial, pero la práctica ha demostrado que tal medida no llenaba los fines de defensa social propuestos, sino que, por el contrario, dificultaba la rehabilitación del delincuente, le imposibilitaba para encontrar una ocupación lícita, pues la intervención policiaca en muchos actos de la vida del liberado ponía de manifiesto ante todo el mundo su condición de delincuente⁴¹⁴.

Montes, expositor ya de la trasmutación de 1928, sigue repitiendo mucho de esto: “[...] no deja de ser, en teoría, una verdadera medida de seguridad, pero de escasos resultados en la práctica, impóngase como medida de seguridad o como pena”⁴¹⁵; los diagnósticos no se contradicen: de escasos resultados, no eficaz en orden a la defensa social ni, por estigmatizante, a la rehabilitación. Ya en cuanto *pena de carácter vejatorio* precisamente la habían conceptualizado años atrás, tempranamente, al ser llevada a la escala de 1848, Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga⁴¹⁶, motivo por el cual “[...] no es necesario que sea ejemplar, ni aun debe serlo respecto del público [...], porque no debe hacerse pública para no herir á los culpables con una especie de reprobación universal”⁴¹⁷. Aramburu y Zuloaga, a continuación de hacerse cargo de dicha situación, vaticinando el completo descarte político-legislativo (“es esta una pena que tiende a desaparecer por oponerse al espíritu del Derecho penal moderno”⁴¹⁸ –apoya su seguidor Cuello Calón–), brinda con plausible anticipación un recambio punitivo para llenar el objetivo criminológico que la sanción considerada venía persiguiendo (y hemos de ver ahí una puerta abierta a la condena –con arreglo al sistema europeo o de *sursis*⁴¹⁹– y libertad condicionales):

[...] El derecho penal moderno, que procura por todos los medios obtener la rehabilitación de los condenados, rechaza, naturalmente, esta institución. La libertad provisional combinada con una discreta y prudente intervención de las sociedades de patronato en la vida del liberado, es la única medida que puede llenar cumplidamente los fines de protección social que se invocan, pero nunca se alcanzarán con la vigilancia de la policía⁴²⁰.

414 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 782 (esto se lo copia todavía, veintitantos años después, CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 250).

415 MONTES, *Derecho...*, p. 670.

416 CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código...*, t. I, p. 156.

417 VICENTE Y CARAVANTES, *Código...*, p. 148.

418 CUELLO CALÓN, *Penología*, p. 254; *id.*, “Apéndice”, p. 784.

419 Véase LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias...* [1988], pp. 84-86.

420 ARAMBURU Y ZULOAGA, “Apéndice”, p. 782. Todo el fragmento lo toma por su

Párrafos son éstos en los que todo parece eco de la avanzada voz de la reformista Arenal⁴²¹. El fracaso de ese tipo de acción gubernativa, por mucho que se la quiera maquillar, puede quedar bien patente con el sólo ejemplo del franquista Servicio Nacional de Libertad Vigilada, actuante a partir de 1943⁴²² con la función de controlar la conducta político-social de los reclusos políticos conforme fueran siendo liberados condicionalmente, aunque, extendido el año 1946 a los delincuentes comunes⁴²³; “a través de las sucesivas disposiciones se advierte también una evolución en cuanto al contenido: mientras al principio era principalmente de vigilancia, ha ido subrayándose después su carácter de tutela”⁴²⁴. En resumidas cuentas, viciado de origen y con *gran parte de los servicios encomendados a funcionarios judiciales o fiscales*⁴²⁵, no prosperó este organismo más allá de 1968⁴²⁶. En todo caso, la acción tutelar de patronato, tal cual vez coincidente con la vigilancia de una autoridad también atenta a la buena conducta, nunca se debe confundir con lo que es todavía ejecución penal, porque, de otro modo, “[...] se destruiría la confianza mutua que debe existir entre el patrono y el liberto”⁴²⁷: ambas instituciones, de naturaleza diferente en su esencia, aunque con numerosos puntos mate-

cuenta y riesgo CUELLO CALÓN, *Penología*, pp. 250-251, sólo con adicionar, con cita de R. Garraud y su *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. II (París, 1914), referente al deseable *disimulo* de la situación del liberado. Véase, además, LASTRES, *Estudios...*, pp. 63-67.

421 Cfr. nota IX/412.

422 “Decreto de 22 de mayo de 1943 por el que se crea el Servicio de Libertad Vigilada”, en *BOE* nº 161, de 10-VI-1943, pp. 5594-5596, modificado por “Decreto de 26 de abril de 1944 por el que se modifica el de 22 de junio de 1943 que creó el Servicio de Libertad Vigilada”, en *BOE* nº 127, de 6-V-1944, p. 3552. El que fuera secretario de la presidencia de la República Rafael SÁNCHEZ-GUERRA, *Mis prisiones*, p. 206, describe su liberación condicional como *una libertad muy relativa, con obligación de presentarse mensualmente ante las autoridades del punto de residencia*.

423 Orden de 24 de enero de 1946 cit. por ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 555, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 521, o CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 799.

424 ANTÓN ONECA, *Derecho...*, p. 555.

425 QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 521.

426 Decreto 162/1968, de 25 de enero, “Sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956”, en *BOE* nº 31, de 5-II-1968, pp. 1675-1678. Léase a CEREZO MIR, “Informe...”, p. 785, evaluando críticamente el ABCP 1972 y defendiendo *la sumisión de los liberados a la vigilancia de los delegados de organismos de protección o patronato*.

427 LASTRES, *Estudios...*, p. 65.

riales de contacto, habrán de preservar incólume, por encima de apariencias, su peculiar espíritu, diversificadas, o, en preferencia de Arenal, reemplazarse la una –el patronato– a la otra –la vigilancia–⁴²⁸.

Avanzando siglo XX adelante, la sumisión a la vigilancia de la autoridad se mantiene aún en algunas legislaciones, mas de espaldas a una opinión científica preocupada por el estigma o etiquetaje del condenado que comporta, en perjuicio de su perseguida rehabilitación⁴²⁹. Y, en efecto, hasta hace bien poco podía decirse que la disolución de la vigilancia de la autoridad entre otras medidas de seguridad más concretas estaba por entero consumada, con el Código Penal de 1995 –que le dio el *golpe de gracia* al reformular las medidas de seguridad– los suficientes años en vigor como para haber consolidado su sistema de penas y medidas, mas si algo caracteriza este corpus es esa inconstancia penológica que amojona cada una de sus principales reformas. La vigilancia judicial ha recorrido un tortuoso camino, prácticamente obviada por los iuspenalistas, desde aquella *antigua legislación* para gitanos, vagos y presidiarios en que alienta su germen hasta la situación hodierna de generalizado desprestigio de las restricciones a la libertad ambulatoria: si pudo hacer acto de presencia, con amplio criterio, en leyes plenamente absolutistas –como prejuiciosa cautela– o en algunas otras ya *ilustradas* –como una suerte de medida complementaria de la pena–, a ello fue volviendo a partir de la propuesta de los Silvela y, aún más allá en su trayectoria circular, había terminado por regresar al *no ser* del que la literatura jurídica del Antiguo Régimen, siglo XVIII hacia atrás, parece procurar mudo testimonio. Bajo otra denominación, con unos recursos puestos al día, la libertad vigilada de 2010 prueba a insuflar nueva vida al mecanismo de la vigilancia especial sobre el sujeto delincuente. Tan sólo unos meses después de su acceso al Código de 1995, están por verse los resultados, mientras siguen rondando los indicios de su cercanía a lo que no ha mucho se rechazara, y tanto que durante la discusión parlamentaria de la reforma algún orador tachó esta medida de inconstitucional, a base de reparos bien conocidos como hechos a la vieja sujeción a vigilancia de la autoridad⁴³⁰. ¿Añejo vino en odres nuevos?

428 ARENAL, “Congreso... Amberes...”, p. 264.

429 CUELLO CALÓN, *Derecho...*, t. I, p. 829.

430 Fue el diputado Jorquera Caselas: “[...] defendemos la supresión de las medidas accesorias de libertad vigilada que, desde nuestro punto de vista, ofrecen dudas de constitucionalidad al configurarse como un instrumento de control posterior a la excarcelación con dificultades evidentes para que pueda ser conciliada con el régimen del tercer grado penitenciario o con la libertad condicional” (*DSCD*, leg. IX, nº 160, ses. 29-IV-2010).

X RECAPITULACIÓN

1. La restricción ambulatoria penal

Dentro de las penas de libertad se han distinguido tradicionalmente aquéllas que la anulan o privan de ella en su mayor parte de aquéllas que sólo intervienen la facultad locomotiva o ambulatoria, con frecuencia referidas científica o legislativamente a la libertad de residencia, pero de concepto en realidad mucho más amplio, pues no sólo vedan la habitación en algún lugar, sino la permanencia y aun el mero acceso a él. Estas penas, subclasificadas bien como restrictivas, centrípetas o positivas (deportación, relegación y confinamiento), bien como limitativas, centrífugas o negativas (extrañamiento y destierro), presentan históricamente un uso antiguo. Habiendo sido ampliamente utilizadas en su variedad de formas –y sin grandes objeciones– por la Justicia del Antiguo Régimen, a partir de la elaboración científica del Derecho penal ya desde el siglo XVIII, reciben severas críticas en cuanto a su utilidad y eficacia penológica coincidiendo con el proceso codificador.

La prevención legal de semejantes castigos ha venido apuntando con harta frecuencia hacia la criminalidad *política*, tanto que, curiosamente, su decaimiento histórico en el siglo XX iba a correr parejo al de la comisión de los delitos que entran dentro de dicho concepto, en contemplación de los cuales fueron construidas casi siempre las críticas positivas, negativas o vacilantes de la penología –la antigua y la moderna–. Las ventajas que a sanciones tales se reconocen residen ante todo en su virtualidad innocuizadora, como orientadas hacia la profilaxis político-social; también se les concede el facilitar un nuevo entorno al penado para rehacer su vida dentro de la ley o los valores predominantes. La relación de las tachas que se les hacen se presenta algo más extensa: en resumen, a no pocos observadores les parecen escasamente moralizantes para el condenado y también para la sociedad, fallando en ejemplaridad al extraer el castigo de la escena social en que se produjo la comisión delictiva; por consiguiente, expanden el problema en vez de resolverlo, pueden resultar corruptoras y hasta vejatorias para la comunidad de

recepción; además, llegan a implicar una extrema desigualdad, según sensibilidades y circunstancias, en su aplicación concreta a cada individuo; pero, en fin, frente a quienes les reconocen una grave afflictividad, se posicionan otros para los que apenas pueden recibir el dictado de penas, negándoles cualquier operatividad intimidatoria, en cuanto favorecedoras de la impunidad. El debate, muy dilatado en el tiempo, parece haberse resuelto en contra de esta manera de expiación o corrección, pero al cabo las pervivencias en el terreno de las medidas de seguridad han venido a redimir aquellas aplicaciones para las que tales mecanismos político-criminales continúan reputándose necesarios y útiles.

2. Evolución normativa del grupo penológico

Se reconoce el componente restrictivo de la libertad ambulatoria en las penas de deportación o relegación, de extrañamiento, de confinamiento y de destierro; otra figura penal, la sujeción a la vigilancia de la autoridad ha sido inicialmente medio punitivo y después medida de seguridad; por fin, la expulsión de extranjeros, que apenas ha tenido consideración de pena, completa el cuadro de consecuencias jurídicas del delito con un sentido limitativo de la libertad de residencia. Este bloque, más o menos extenso, ha tenido acceso a todas las escalas de penas o medidas diseñadas por el codificador, pero su empleo en la parte especial de los Códigos no se prodiga en exceso, de ahí la parca reglamentación que ha conocido. Pena de deportación la hay, aperturalmente, en el Código Penal de 1822, y en los Proyectos de Código de 1830, 1831 y 1834; luego, cerrando el ciclo vital, en el Código de 1928; con la forma o –mejor– bajo el nombre de relegación figura ya en el Anteproyecto de 1845, en los Códigos de 1848, 1850, 1870, carlista de 1875, cubano-portorriqueño de 1879 y filipino de 1884; asimismo, la mantienen los proyectos de 1869, 1880, 1882, 1884, 1902, 1919 y 1938. El extrañamiento cuenta en las escalas penales de todos los códigos hispanos, a excepción del de 1928; entre los proyectos de código sólo falta absolutamente en el de 1902, porque en el de 1882, habiendo sido admitido en la escala general, resultó al cabo preterido en la punición concreta de los tipos delictivos; el Código de 1822 lo llama destierro del reino y expatriación el Anteproyecto de Saldaña en 1920. Dejando a un lado inmemoriales prácticas y potestades de gobierno, la expulsión judicial de extranjeros, enunciativamente, aparece en el Proyecto de 1831 de la mano de Sainz

de Andino, que la formula en cuanto medida postpenitenciaria de seguridad, pero haciendo además uso de ella, sin acceso a su escala de penas, como un extrañamiento de sujeto pasivo diferenciado; sin embargo, ya estaba en el Código de 1822 en cuanto consecuencia postpenitenciaria sin formulación teórica; el Proyecto *Silvela* hace de ella un sustituto penal y desde 1928 es medida de seguridad, en la cual hoy se valora esa misma virtualidad sustitutoria de la prisión. El confinamiento, a veces confinación, no falta en más textos oficiales que el del Protectorado sobre Marruecos; mayor es ciertamente su ausencia en el ámbito proyectista: 1882, 1884 y 1902. El destierro, como pena base de esta categoría punitiva, es la única que se mantiene, al parecer intocable, a lo largo de los siglos XIX y XX, no sólo en el ordenamiento, sino también en la esfera de las propuestas legislativas, sin que ninguno de los corpus articulados, positivos o no, se alargue a prescindir de él hasta el Anteproyecto de bases de 1972, tras el cual la proposición de erradicar de la penalidad toda restricción ambulatoria se vuelve insistente en los trabajos preparatorios, conservando lo aprovechable en ellas como medidas de seguridad; es el Código de 1995 el que lleva a cabo tal renovación penológica. Con precedentes en el Derecho histórico de la monarquía absoluta, el espaldarazo codificador le viene a la sujeción a vigilancia de la autoridad desde el Derecho comparado; es pena no corporal en 1822, pena para delitos *enormes y comunes* en 1831, pena *aplicable a todos los delitos y faltas* en 1845, correccional o accesoria en 1848, suprimiéndose en 1870, si bien pervivía en los Códigos coloniales y en el carlista; el proyecto de 1884, seguido por el Código marroquí de 1914, refundándola como *consecuencia del delito o complemento de la pena*, hace un primer movimiento hacia la reconversión en medida de seguridad que sólo advendrá con el Código de 1928; tanto la Ley de Vagos y Maleantes como la de Peligrosidad y Rehabilitación Social refrendan su nuevo estatus, perdido con la promulgación del binarista Código hoy en vigor, que la expulsa del ordenamiento, si no es que en la nueva figura de *libertad vigilada* pueda verse su recuperación bajo otro nombre y otras tecnologías.

Las restrictivas de la libertad de residencia han sido penas tradicionalmente muy criticadas, básicamente por su desigualdad, por su insolidaridad con los territorios de recepción de penados y por su escasa virtualidad correccional. El descrédito científico llevó a su completa erradicación del Código vigente, pero prueba quizás de que no todo en su potencialidad penológica era censurable, de que había en ellas aspectos a los que el ordenamiento no podía renunciar ha sido el rescate de ciertas formas de restricción ambu-

latoria como medidas de seguridad: se trata, obvio es, de medidas puramente neutralizadoras o cautelares, pero estos fines –por mucho que los principios u objetivos generales de la penalidad y el tratamiento postdelictual sean otros– representan al igual intereses legítimos, aun no tan eminentes, de la sociedad. De alguna manera, perviven, pues, nocionalmente, habiéndose abandonado las clásicas denominaciones de confinamiento y destierro al cobrar esa especialización garantista de las víctimas –objetivo éste ya, desde finales del XIX, hecho clásico– o del propio sujeto delincuente o peligroso.

3. Deportación o relegación

La deportación, pena por supuesto *corporal* según la tradicional clasificación (entre las *mayores* la colocan las Partidas), discurre por el ordenamiento español siempre entre las penas *graves*, sea temporal o perpetua, bajo tal denominación en 1822 y 1928, con el de relegación en 1848, aunque sin reflejo esta fluctuación lexical en el contenido. En su más dilatada regulación, la de los Códigos de 1848 y 1870, es la relegación pena afflictiva, superior incluso al presidio en la escala general. Dicha gravedad o afflictividad hácese patente en ciertas circunstancias modificativas de la punibilidad que suelen excluir este medio penal de los aplicables a menores delincuentes; con menos frecuencia, sólo al principio de la acción codificadora, se sustituye la deportación del reo senil (septuagenario en 1822, octogenario en 1830) por pena de encierro en la Península; y únicamente Sainz de Andino pretende aplicar el mismo criterio a las mujeres (aunque extramuros del Código lo cierto es que menudea su reubicación en casas de corrección). Asimismo, la reacción ante su quebrantamiento, en sus variadas respuestas, o los plazos para prescribir la pena nos hablan siempre de una pena de subida gravedad.

Su configuración positiva responde a un modelo eliminatorio, desentendido en los códigos del arquetipo colonizador que estaban llevando a la práctica Inglaterra, Francia y otros países europeos; en el nivel reglamentario sí hubo determinados intentos no especialmente enérgicos de implementar la colonización penal, pero ni accedieron a los códigos ni se plasmaron siquiera en realidades penitenciariamente tangibles. La teoría intrínseca de la deportación o relegación entraña la idea de apartamiento, de confinación remota, enunciada pero no concretada en los códigos y sólo muy erráticamente atendida por normativa inferior sin resultados prácticos; sí los tiene otra línea

político-criminal que, por vía de decreto, destina a los relegados a diversos presidios peninsulares o norteafricanos, en lo que supone de hecho, no ya la adulteración de la pena, sino su desaparición efectiva. La otra viga maestra de esta punición en nuestro ordenamiento histórico es el régimen de vida en libertad dentro de la colonia o punto de cumplimiento, cuya apartada localización, cuya incomunicación –por lo común, insular– defienden precisamente un posible quebrantamiento de condena al que, por otra parte, se contrapone la superior vigilancia de la autoridad, como neutralizadora de cualquier indeseable abuso de esa libertad de movimientos concedida al relegado; pero no sólo esto: el control sobre éste abarca unas atribuciones de fiscalización cotidiana atenta a la buena conducta de un reo que –recordémoslo– ha sido llevado tan lejos con miras a neutralizar actividades a menudo subversivas, peligrosas para la sociedad.

Varios son los contenidos que pueden llamarse accesorios, con una perspectiva diacrónica, a la deportación o relegación codificadas, alguno tenido como esencial en precedentes formulaciones históricas, tanto que Alfonso X sólo describe la deportación y la relegación indirectamente, al definir la muerte civil. Es ésta la más clásica resultancia o acesión de la deportación, avalada por su prosapia romana y su trasvase a las Partidas; así accede al corpus promulgado en 1822, bien que como directa réplica de la deportación del Código Penal napoleónico; su propio arcaísmo, con el desmesurado rigor que entraña, conduce a su descarte apenas avanzados algo más en el proceso codificador; la muerte civil, en la concepción clásica que llega hasta el legislador del *Trienio*, más que un elemento accesorio, era consecuencia pedida de suyo por una deportación perpetua en algún remoto paraje: preciso parecía disolver vínculos que comportaban derechos no ejercitables y obligaciones no atendibles desde una lejanía con mucho de muerte real; ello no obstante, ya en 1822, con existimación del arrepentimiento y la enmienda, se arbitran mecanismos de recuperación de derechos y obtención de empleos o cargos públicos en el punto de cumplimiento, concordes con el *desideratum* explícito de que el sentenciado rehaga su vida en una deportación a la que puede llevar a su familia, en la que puede trabajar para sí. Aflicción tan rancia como la muerte civil es la confiscación de bienes, no admitida por la Constitución de 1812 ni, en consecuencia, por el Código de 1822; son los tres proyectos de código subsiguientes –con su regusto a Antiguo Régimen, sólo que administrado mediante el moderno molde codificador– sus únicos aceptores para la deportación. Lo mismo cabe decir de la infamia, muy diluidamente acogida

en 1830 y 1834, modelada con atención en 1831 para resultar anejada, entre otras por delitos *enormes*, a la punición deportatoria. Un último vestigio de penalidad antigua es la vergüenza pública o argolla, bajo este segundo nombre aparejada para la deportación a alguna de nuestras islas por los Proyectos de 1830 y 1834.

Vistas hasta aquí las accesoriedades de arcaico sabor con las que penetró la deportación en la era codificadora, es en 1848, coincidiendo con la variación nominal a relegación, cuando puede advertirse el tránsito a una penalidad accesoria moderna, que halla sus mecanismos en la inhabilitación absoluta y la vigilancia de la autoridad. La primera, con los contenidos que expresamente la llenan, acompaña a la relegación durante toda su vida legal, con nombre de deportación en el Código de 1928, perpetua o temporalmente según sea esta pena principal impuesta. La segunda, conforme figura formulada por el corpus de 1848 (aunque es el Proyecto *Andino* el primero en incorporarla), engloba una vigilancia substancial a la relegación, como identificable con la que aparece en las reglas ejecutivas del precepto que la define, y otra vigilancia postpenitenciaria, para cumplidos e indultados, que será la propiamente accesoria: la mejor prueba de ello es que cuando en 1870 la pena principal de sujeción a vigilancia desaloje la escala general de penas y se suprima también su imposición accesoria, el relegado continuará sujeto, como esencia de la pena que es, a la vigilancia de la autoridad durante la ejecución, pero ya no tras ella, licenciado o indultado que fuere.

Los *trabajos u ocupaciones* –locución del Código de 1822– estaban constituyendo el núcleo esencial de la pena de deportación en sus principales desarrollos modernos (v. gr., Inglaterra en Australia, Francia en la Guyana y Nueva Caledonia...), de una deportación colonizadora y utilitaria, pero no es éste el sentido que el legislador español le da en sus textos promulgados, sino otro exclusivamente eliminatorio en el que esta actividad laboral no desempeña mayor papel que el indiciario de una conducta correcta –exigible, pues para eso está la superior vigilancia de la autoridad– o el puramente *alimento*, esto es para subvenir el relegado a sus necesidades vitales; por ello, como ambas atenciones se llenan si el penado es hombre de posibles que no precisa trabajar para vivir, suelen los comentaristas recordar que a éste no se le puede constreñir a abandonar la holganza, porque jurídicamente no entra en el vituperado y temido concepto de vago... Esto convierte al trabajo en una mera accesoria de la deportación o relegación hispana, sin ese elemento constitutivo que se le ve incorporar en la muy preconizada y nunca ensaya-

da colonización penal ultramarina. La deportación, que comienza siendo absolutamente perpetua en 1822, se despidió del ordenamiento en 1928 como pena sólo temporal; entremedias, han convivido, como sendas relegaciones, la modalidad de por vida y la de tiempo cierto. En el ámbito proyectista es el corpus *in fieri* de 1882 el primero en desprenderse de la perpetuidad, pero desde 1870 se había introducido el indulto a los treinta años de efectivo cumplimiento: este proceso se corresponde sin peculiaridad con el seguido por el resto de penas graves y perpetuas.

Entre las reglas de ejecución, destacan, como primera decisión que hay que tomar, las que señalan el orden por el cual debe resolverse el concurso de penas cuando no quepa el cumplimiento simultáneo: regla generalmente admitida es la posposición de las restrictivas de libertad, ejecutadas tras las privativas según su orden interno de gravedad: relegación, extrañamiento, confinamiento y destierro. En cuanto a un sistema de ejecución jamás lo hubo fuera del enunciado general de los códigos, como no sea la reconversión administrativa –e ilegal– de esta pena en la de presidio so pretexto de penurias en los medios materiales. Ante el quebrantamiento de la deportación o la relegación al legislador le cabe saltar a la pena superior, que habría de ser la de cadena, imponer una reclusión previa a la deportación, cuyo cumplimiento debe retomarse *a posteriori*, o adoptar en ésta algún incremento, de régimen o de tiempo, en la afflictividad del mismo castigo quebrantado: prevalece la segunda opción en la panorámica histórica de la pena; en cuanto a la recaída del reo en el delito, le supone de ordinario el grado máximo de la pena en concurso. Partiendo de la tradicional imprescriptibilidad que hace suya el Código de 1822, vemos imponerse en el Derecho positivo el plazo de quince años para prescribir la relegación, el cual nunca dejó la doctrina de tildar de extremoso, en tanto que en la órbita proyectista se diseñaban soluciones conformes al criterio de proporción con el tiempo de condena.

Si en el Código de 1822 y proyectos subsecuentes menudeaba su aparición contra diversos y variopintos sectores de la criminalidad, desde 1848 su ámbito constante, en la *parte especial* de los códigos, será, con escasas fisuras (v. gr., la represión sobre el extrañado quebrantador), el de la delincuencia política: delitos contra las Cortes o contra el derecho constitucional de reunión. Todas las referencias prácticas a la relegación que aportan los juristas contemporáneos coinciden en la inaplicación de esta pena –con este nombre o el de deportación– por los códigos que la prevén hasta el de 1928, lo cual sigue siendo el mismo testimonio ya procurado por la doctrina de la

Edad Moderna respecto a su suceso en las Partidas. Sin embargo, la historiografía decimonónica nos transmite la reiterada instantánea de las cuerdas de presos deportados a Filipinas o a Cuba. La aparente contradicción se resuelve en el terreno de las luchas políticas y el orden público: suspendidas las garantías constitucionales –la de residencia entre ellas– con relativa frecuencia, la vía deportatoria quedaba abierta, con mayor o menor justificación y arreglo a la razón de ser de la previsión constitucional, no sólo contra la *amenaza* revolucionaria, sino contra el oponente político; más aún: en períodos sobremanera turbulentos o de cierta anomia se recurrió gubernativamente a este expediente neutralizador incluso sin la dicha cobertura legal de los estados de excepción. En tanto, ya en la esfera penal, desde finales del siglo XIX se intentaba reconducir la estéril pena del código hacia fórmulas de colonización penal cónsonas con las experiencias inglesas o francesas: tampoco esta pretendida reconversión tuvo mayor realidad que la de la *Gaceta*.

4. Extrañamiento

El extrañamiento es pena que en las escalas generales suele suceder a la de relegación o deportación, aunque no falte la excepción del Proyecto *Silvela* de 1884, con inversión de este orden. En buena medida respondía su elevada situación en las escalas a la perpetuidad con que tradicionalmente venía acompañado. Así lo recibe la Codificación en el corpus de 1822, como castigo vitalicio y, aun perdiendo este carácter en 1932, continuaba siendo pena de larga duración hasta desaparecer con el Texto Refundido de 1973. Sin embargo, en el ínterin no se mostró incontestada su permanencia en el ordenamiento: el Código de 1928 lo sacó de su arsenal punitivo, pero previamente también lo había intentado el Proyecto de 1902. Suprimida la relegación desde 1932, queda como la más grave pena de restricción de la libertad de estancia y residencia. A la postre, ningún vestigio o figura con alguna analogía ha quedado de él en el vigente Código de 1995.

La descripción que esta pena ha encontrado en los textos legales ha pecado por lo común de cierto laconismo: expulsión del territorio estatal durante el tiempo de la condena, obviando otras consideraciones que se dan por entendidas. En contadas ocasiones se consigna expresamente la prohibición de volver a entrar (1831, 1845) y, por ejemplo, nunca se especifica el cambio de *ley* que se opera en el estatus del extrañado, que abandona en principio

la jurisdicción de su país. Esto entra de lleno en el discernimiento del contenido punitivo que sea esencial o principal en la extrañación: por un lado, el vedamiento del territorio nacional en su integridad, sea metropolitano o colonial, sin que exista directriz o cortapisa alguna para la acción ejecutiva del gobierno; por otro, un desentendimiento del Estado que está en la propia raíz de la pena, porque el reo es puesto fuera del ámbito de su soberanía, de su jurisdicción, pero parece claro que se trata ahora de un elemento conflictivo sobremanera, porque el infractor del orden, el penado, el *enemigo* de la sociedad patria, queda fuera del control estatal y esto puede resultar en extremo peligroso o, cuando menos, inquietante para el poder, de manera que procurará de ordinario mantener unos cautelosos –y a veces vengativos– vínculos, digamos que policiales (bien por vía consular, bien *de tapadillo*), con el individuo condenado; incluso el Código de 1848 estatuye su sujeción a la vigilancia de la autoridad también durante el tiempo de la condena, previsión accesoria de muy ardua justificación y ejecución a la descubierta con arreglo al Derecho internacional.

Conectando, pues, con el contenido accesorio del extrañamiento, según el Código de 1822 consiste en la muerte civil, pero –en buena consonancia con ese desentendimiento del Estado que parece estar en su substancia– ahora sin aplicación de la gracia por arrepentimiento y enmienda diseñada para las demás penas, como la deportación, merecedoras de dicha capitidisminución. En el Proyecto de 1831 se le une la infamación legal y la prohibición del ejercicio de los derechos civiles. A partir de 1848 será la inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, la accesión que acompañe al extrañamiento; a ella hay que sumar una vigilancia postpenitenciaria de la autoridad ya presente en 1831 y 1845, pero además aquélla antes mencionada –de tan espino-sa realización– que cubre el propio período de cumplimiento de la condena. La duración del extrañamiento comenzó siendo de por vida en el primer Código Penal, de acuerdo con su clásica extensión; en el curso de los trabajos preparatorios de 1844 a 1845 surge la idea de otra modalidad limitada en el tiempo, que es aceptada y pasa al Código de 1848; a partir del Proyecto de 1882 se trata de suprimir la perpetuidad, pero no es hasta el Código de 1932 cuando queda ya un único extrañamiento de doce años y un día a veinte años como representación de esta pena en la panoplia punitiva del ordenamiento.

Respecto a las reglas de ejecución, el concurso del extrañamiento con otras penas se ha venido resolviendo con ajuste a la regla de cumplimiento de las restrictivas de la libertad con posterioridad a las resueltamente priva-

tivas de ella; en el sistema propio o interno de las primeras, el castigo de la extrañación queda pospuesto a la relegación cuando el ordenamiento ha conatado con esta pena; una vez desaparecida, es el extrañamiento la primera que ha de ejecutarse entre las de su clase, con preferencia al confinamiento y al destierro. De los actos materiales, consistentes en la determinación del lugar de expulsión y en los trámites de traslado, documentación y transporte del extrañado, sólo estos últimos han recibido algún tratamiento normativo, en tanto que aquella decisión gubernativa no ha salido nunca de las penumbras de una política arbitraria. El quebrantamiento, reprimido por varios medios (conversión en pena superior, encierro temporal, prolongación durativa de la pena quebrantada), lo ha sido con preferencia mediante el encierro del *invasor* –en terminología de Bernaldo de Quirós– previo a una nueva extrañación (pero a partir del Código de 1932 se castiga ya como delito específico el quebrantamiento de condena, con su propia penalidad); igualmente, al autor de un delito durante el cumplimiento del extrañamiento, con preferencia a la opción de imponer la pena superior a éste, se le suele agravar la nueva sanción punitiva hasta el grado máximo. En materia de prescripción ha preponderado la extensión quindenial del plazo, sin faltar soluciones que pueden hacer éste hasta treinta años doblando la duración de la pena impuesta (en el Código hispano-marroquino y proyectos como el de Silvela).

La parcela criminal atendida con la pena de extrañamiento ha sido tendencialmente política, aunque compartiéndola hasta el final de la pena en el ordenamiento con la muy tradicional de la represión sobre eclesiásticos renuentes a la autoridad ejecutiva del Estado, aplicación, por otra parte, no exenta ni mucho menos de contenido político. Esta pena, de descubierto sentido eliminatorio, concita sobre sí toda la crítica propia de la categoría penológica a la que se adscribe, pero, además, suma un nuevo y privativo reproche: el cumplirse fuera del territorio, de la soberanía del Estado, sacando de su jurisdicción al ciudadano afectado. Si históricamente la aplicación del extrañamiento preponderó con creces por la vía gubernativa, también en el siglo XIX, en paralelo a su imposición como pena por los tribunales, resultó frecuentado en particular como medida de represión política, ora al amparo de leyes especiales, ora por la fuerza de los hechos, y esto pese al castigo apercibido por el Código Penal a los funcionarios que deportaren o extrañaren a algún ciudadano sin mediar sentencia firme.

5. Expulsión de extranjeros

La expulsión de extranjeros, desde un punto de vista histórico, exhibe carácter de medida gubernativa o de policía, no sujeta a garantía o tutela jurisdiccional, calificándose en este sentido como facultad de la soberanía, apenas regulada en el Derecho precodificado, apenas prevista jurídicamente, porque no plantea ningún problema el recurso a ella por vía de hecho; su incorporación a la esfera penal se produce como medida de seguridad resueltamente eliminatoria. La expulsión gubernamental transita la centuria decimonónica con progresiva plasmación en variada preceptiva sobre extranjería, extradición u orden público, así como en tratados consulares, llegando hasta nuestros días con toda pujanza; el no menor apogeo de la expulsión jurídico-penal en la actualidad tiene sus raíces en la adopción a partir del primer tercio del siglo XX del sistema dualista que coloca las medidas de seguridad junto a las penas. La incorporación de este recurso al ordenamiento punitivo se había puesto en marcha tempranamente, ya en Código de 1822, como consecuencia postpenitenciaria del delito, condición que asimismo tiene en el Proyecto de 1831; ausente por largo tiempo de los textos penales, instalada mientras en el seno de las atribuciones gubernativas, la recupera Silvela en su Proyecto como sustitutivo penal y tal función será una de las que a la postre acabe encomendándosele, aunque en los trabajos preparatorios de Saldaña sorprendemos su única propuesta en calidad de pena (comienza por prepararla como tal en sus bases, para al cabo recibirla como medida de seguridad en el proyecto de reforma que pergeña); en conclusión, el Código de 1928 y las leyes de Vagos y Maleantes de 1933 y de Peligrosidad de 1970 la acogen en cuanto medida de seguridad, lo que mantiene el vigente Código Penal, con dicho carácter de sustitutivo de penas y de otras medidas diferentes. Dos tipologías delictivas han preocupado más que otras al legislador: el extranjero política, revolucionariamente activo y el extranjero vago, aunque la predominante caracterización como medida de seguridad ha propiciado de ordinario la expulsión abierta a las prioridades o inquietudes del Estado, sin predeterminar en qué pueda o haya de consistir la peligrosidad combatida. Como pena que nunca ha llegado a ser, sustitutivo penal, medida de seguridad o simple expediente gubernativo..., lo que en la expulsión de extranjeros no ofrece dudas es su naturaleza desprejuiciadamente innocuizadora o eliminatoria, desentendida de cualquier otra finalidad político-criminal.

6. Confinamiento

El grado de aflicción que en la sensibilidad social media entre las penas restrictivas de la libertad más graves –aquellas que sacan al condenado de su entorno ampliamente entendido– y el confinamiento –que, dentro de él, sólo lo *aparta*– había de tener su reflejo en las escalas penales; desde 1822 su posición corporal, aflictiva –con algún titubeo– o grave puede considerarse de intensidad *media-baja*, sólo seguida de ordinario por el destierro, las restricciones de derechos, el simple arresto o la multa. Las caracterizaciones legales del confinamiento han remarcado unánimemente, incluso con apreciable reiteración en la fórmula, los dos elementos esenciales de su contenido: la reducción a un punto geográfico determinado, libre dentro de sus límites, y la superior inspección y control de la autoridad a cuya disposición se pone. He ahí ya consignado el contenido, la carga punitiva que le es esencial.

En cuanto a la determinación o concreción espacial, sólo muy latamente aparece estatuida o encauzada por los códigos: a veces el confinamiento ha de ser adyacente-insular (1870), otras aparece como indistintamente peninsular o isleño (1848, 1928, 1932) y, en fin, alguna ocasión hay en que, fusionado con la relegación (Anteproyecto de 1938), no hay en principio restricciones o pautas espaciales para una punición que podría ser llevada hasta los confines de la soberanía territorial; otros aspectos concomitantes son la previsión de unos límites mínimos o máximos para el radio confinatorio, espinoso particular –muy ocasionado a irregularidades– que comienza a regularse a partir de 1845, y la entrada desde 1870 de la dedicación laboral como factor atendible por la sentencia a la hora de escoger el lugar de cumplimiento; sobre este esquema legal, la competencia para la determinación del punto de cumplimiento se pone primeramente en manos del gobierno, compartida en 1848 con los tribunales, según el confinamiento fuera mayor o menor, y ostentada con exclusividad por éstos desde 1870. Superior coincidencia exhibe el tratamiento de la vigilancia sobre el reo, por supuesto irrenunciable e incontestada, y cuyo mayor conflicto radica en llenarla de contenido cuando desaparece la pena legal de su mismo nombre: el componente de vigilancia administrativo-policial sobre el reo libre en su punto de confinación sin duda puede reconducirse a los contenidos de la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad mientras existió en el ordenamiento; cuando en 1870 se la saca de la escala penal y en tanto no se cree ya muy entrado el siglo XX otra escala paralela de medidas de seguridad en la que vuelve a acomodarse, preciso

resultaba llenarla de contenido, operación poco dificultosa, cierto es, pero, como quiera que fuere, no solventada legalmente. Aparte de esta substancia principal del confinamiento, como recarga por accesión ha contado siempre, con las restricciones de derechos, sea la pérdida de los derechos de ciudadanía en 1822, la suspensión de cargos y derechos políticos en 1848 o la inhabilitación absoluta temporal desde 1870. La duración del confinamiento, desde la inconcreción de 1822 y 1831 que recobra la Ley de Vagos, ha sido objeto de diversas probaturas, visibles más que nada en la esfera proyectista: indefinida en 1822, veinte años en 1830 –extensión ésta recuperada por Saldaña en 1920–, diez en 1845, desdoblada en 1848 con dos variantes, de cuatro a seis años y de siete a doce, estabilizándose ya, bajo el Código de 1870, en el lapso que había sido propio del confinamiento mayor: seis años y un día a doce años; de anomalía se puede calificar ese longuísimo tramo de dos meses a treinta años por el que se hace correr el confinamiento de 1928.

Tras las soluciones de subsunción, en 1822 y 1831, de la pena inferior en la más grave, el orden ejecutivo del concurso de penas, ajustándose en adelante a la posposición de las restrictivas con respecto a las privativas de la libertad, deja por regla general al confinamiento flanqueado por la extrañación o la deportación, cuyo cumplimiento es prioritario, y por el destierro, ejecutable sólo a continuación de aquél. La atención a los actos ejecutivos del confinamiento, aceptablemente reglamentados desde la Ordenanza de Presidios de 1834 sólo en cuanto al traslado, no cubre nunca un mínimo estatuto para la vida regimental del confinado, el cual se ve así arrojado al albur de la diligencia y la rectitud, la incuria o la arbitrariedad que encuentre en la autoridad del punto de cumplimiento a cuya disposición ha de quedar; de manera que las condiciones de confinamiento pueden variar bastante –y de hecho variaban siempre– de un confinado a otro. Como modalidad ejecutiva incorpora el Código de 1848 el destino del confinado (confinamiento mayor) al servicio militar, a discreción del gobierno, atribución de lo más inquietante para el reo que se ve felizmente modificada por el corpus de 1870 en el sentido de exigirse su anuencia.

La imposición de un arresto o reclusión al confinado evadido ha sido la respuesta común del ordenamiento, sin dejar por ello de tener que cumplir, a su puesta en libertad, el resto de la pena quebrantada. Asimismo, aunque no falte algún ejemplo de determinación directa de la pena (en el Proyecto de 1831), agravar hasta el grado máximo la pena por delito cometido durante la aplicación del confinatorio fallo fue lo estilado en la generalidad de corpus.

El confinamiento, cuyo tiempo para la prescripción comienza siendo tan vacilante como en el resto de penas, se consolida ya desde el Código de 1848 en los quince años de las penas de mediana duración.

Protección de los altos organismos del Estado, de los derechos individuales de residencia y reunión, de la religión oficial y algún otro son atenciones a las que el confinamiento ha venido vinculado, pero también la represión de los duelos, sin que ello permita desconocer la preponderancia de lo político en su estrecho radio de acción (pocos tipos así penados se hallarán fuera de las dichas parcelas). Desde el Proyecto de 1884 las figuras análogas al confinamiento, con designio cautelar, han ido ganando presencia en el ordenamiento penal, a la par que languidecía su función punitiva. Este castigo o correctivo tuvo, como el extrañamiento, una aplicación paralela –y más asidua– a la judicial: su uso recurrente, junto al destierro, desde el poder para la represión del adversario o disidente político; como siempre, la habilitación de las leyes de excepción fue superada por su desarrollo gubernamental.

7. Destierro

De siempre ha tenido el destierro la consideración más leve entre las penas restrictivas de la libertad ambulatoria o de residencia, pero también, a menudo ha sido la menos grave de todo el arsenal punitivo. En el debate sobre su categoría penal terció el Código de 1822 declarándola corporal, última de esta escala; en 1845 se la tiene por pena no afflictiva, sino correccional, pese a las críticas que antes descubren afflictividad en ella que cualquier potencialidad para la reforma del reo; si la adscripción al grupo de graves o de menos graves depende en 1928 de su duración por encima o por debajo del sexenio, desde 1932 queda como pena grave: a las privativas de libertad seguían las restrictivas y a éstas las inhabilitaciones, constituyendo el destierro la postrera entre las segundas, justo antes del tercer subgrupo; el Código actual no acoge sino medidas de seguridad semejantes al destierro y otras prohibiciones análogas, sólo que rebautizadas. Las conceptualizaciones legales del destierro no ponen el énfasis, como para el extrañamiento, en el acto expulsivo, sino en la prohibición de retorno; no obstante, cabe identificar aquel acto y esta intimación como facetas del solo contenido en que esencialmente consiste esta figura: el vedamiento de un territorio, la prohibición de acceso a él, conformando la pena centrífuga que consiente al desterrado la residencia o estancia en cualquier punto fuera del *recinto prohibido*. Su predeterminación por la ley comienza ya

en 1830, con las primeras pautas o directrices en cuanto a alcances extensivos dados al juzgador; más importantes, si cabe, que estos topes mensurales son las interpretaciones con que los clarificó la jurisprudencia: las distancias han de considerarse según las vías normales de comunicación, no con referencia a la línea recta entre los distintos puntos geográficos, y el territorio proscrito, punto y radio, será una localidad o distrito, sin poder extenderse a comarcas ni, mucho menos, a regiones; otro mecanismo, ensayado terminantemente por el Código de 1928 y consolidado como opción por el de 1944, es el que da previstos al juzgador ciertos puntos de los que, entre otros, puede desterrar: el de comisión del delito o los de residencia de la víctima y sus familiares.

La vigilancia de la autoridad sobre el penado, esencial en las restricciones ambulatorias *centrípetas*, habrá de entenderse sólo accidental en las *centrífugas*, como lo es el destierro: para la ejecución de aquéllas se hace necesario el control constante sobre el reo, para la de éstas basta con guardar o defender el territorio que se le tiene vedado, pudiendo el Estado mantenerse despreocupado por su paradero mientras no conculque la sentencia, y sólo como añadidura ha de entenderse que, por propia iniciativa de policía o por acuerdo penal, prefiera someterlo a vigilancia allá donde radique. Un segundo contenido accesorio ha de constituirse con las restricciones de derechos, preponderando hasta 1870 su suspensión como pena accesoria al destierro; mas desde el código de tal fecha se descarta ya recargarlo con ésta o alguna otra accesión, salvedad hecha del corpus de 1928, que recupera una suspensión para destierros menos graves e impone la pérdida de derechos para los graves, en lo que se acerca a algunos de los proyectos finiseculares en los que se hallan las únicas muestras de inhabilitación unida a esta pena. A un destierro inicialmente, en 1822, indefinido en lo temporal, siguió pronto el tipo que, en consonancia con la parca gravedad de la pena, ha prevalecido: aquél que no supera la media docena de años, extensión sólo excedida por el defensismo de Saldaña, hasta los veinte años, o del positivo Código de 1928, hasta los treinta.

Siguió el destierro el mismo camino que otras penas en cuanto a la ordenación de su ejecución en el concurso: primero, en 1822, subsumido o acumulado en las penas mayores y luego postergado en la prelación ejecutiva como postrera de las penas restrictivas de la libertad. Las reglas ejecutivas del destierro, pena de ordinario *autoejecutada*, no van mucho más allá del señalamiento de un plazo para abandonar el territorio interdicto –reencontramos el de tres días, ya usado en destierros de la Edad Moderna–; pero hay que añadir el requisito jurisprudencial de la presentación a la autoridad del lugar

escogido como nueva residencia: presupuesto, entonces, para el comienzo de la condena y para su quebrantamiento es haberse puesto el reo a disposición de dicha autoridad local, sin que antes quepa imputar al reo por el hecho de acceder al territorio vedado en la sentencia. En cuanto a las consecuencias de la *invasión*, se ofrece la disyuntiva de castigar con un simple confinamiento (1831 o 1848) o imponer encierro (1822, 1870, 1928, 1932...). La condición de desterrado agrava en cualquier caso la pena por delitos cometidos durante la condena, cumpliendo en todo caso su destierro después de la nueva pena si es necesario cuando así resulte de la prelación prefijada para el concurso. De la prescripción del destierro subráyese sólo el plazo de diez años establecido en 1848, que llegará hasta 1995, aunque flanqueado desde 1932 por otro de cinco para los destierros de duración inferior al año; en los diversos proyectos de código no puede destacarse sino la nula uniformidad.

El uso del destierro en la punición de los tipos no se redujo nunca a los delitos contra particulares, como alguna vez se ha querido simplificar, sino que participó en mayor o menor medida de la vinculación general de este tipo de penas a delitos contra el Estado o con algunas connotaciones de orden político: junto a supuestos de lesiones, injurias o amenazas, no dejan de colocarse atentados contra las Cortes o el Consejo de Ministros, contra la forma de gobierno o contra el orden público; aplicaciones, por lo demás clásicas subsisten hasta muy entrado el siglo XX: el destierro del uxoricida por motivo de adulterio, de la manceba o de los duelistas. Ya desde 1870 comienzan a desgajarse del destierro usos cautelares o precautorios a favor de la víctima, exentos de naturaleza punitiva, que, en principio como figuras indefinidas, evolucionarán hasta acabar reacomodándose entre las medidas de seguridad, siendo hoy, pese a su nula virtualidad correccional, del mayor predicamento.

8. Sujeción a la vigilancia de la autoridad

Si bien se señala por los penalistas un origen dieciochesco y transpirenaico para la sujeción a la vigilancia de la autoridad, es posible detectar formas más o menos próximas a ella en cierta normativa sobre gitanos dictada desde tiempos de los Reyes Católicos, aquélla que apostaba por la asimilación. Otra línea, ya *ilustrada*, de ascendencia viene representada por las ordenanzas contra la vagancia y frente al peligro de los expresidarios, las cuales anticipan ya con rasgos bastantes claros –aunque con un carácter antes *defensista* que punitivo– contenidos esenciales de la pena al parecer importada de Francia

por el legislador del Trienio liberal. Lo que se toma del Código napoleónico no es en sí el mecanismo de sujeción a la vigilancia de la autoridad, con sus contenidos de control residencial, ocupacional o conductual (todo eso ya había sido utilizado en España), sino la insuflación del carácter punitivo.

Esta sujeción a la vigilancia de la autoridad, recibida en 1822 como pena, tiene poco lugar entonces a desenvolver virtudes o inconvenientes y sólo con el Código de 1848 conoce una vigencia capaz de ofrecer resultados político-criminales. En el ínterin, Sainz de Andino la había llevado a su Proyecto de 1831 y pervivía en sus formas *precodificadas*, sobre vagos y presidiarios cumplidos, sin naturaleza punitiva. Cuando el Código de 1870 decide prescindir de ella, básicamente atendiendo al reproche de su acción estigmatizadora sobre el penado, la vigilancia de la autoridad permanece en los códigos penales ultramarinos, pese al ascendiente del código peninsular, mientras que en el ámbito proyectista (1884), como complemento de la pena, comienza su derivación hacia la medida de seguridad que será desde su recuperación por el Código de 1928, pasando de él a la legislación especial de peligrosidad social. Su tránsito por las escalas no cabe sino reconocerlo todo lo vacilante que el carácter no grave como sanción permite: pena no corporal, correccional, accesoria, complemento de pena, medida de seguridad; en esta evolución deben considerarse como hitos significativos su introducción en cuanto pena nominal por los Códigos de 1822 y 1848, la supresión de 1870, la propuesta como *complemento de pena* por el Proyecto *Silvela* y la conversión en medida de seguridad por el Código de 1928; desechada en 1995 por la nueva tabla de medidas de seguridad, la reforma de 2010 ha traído una novedosa *libertad vigilada*, con ciertas reminiscencias palmarias del antiguo sometimiento a vigilancia de la autoridad.

Cuatro elementos punitivos componen su primera elaboración penal y los cuatro se mantienen más o menos en su posterior pervivencia como medida de seguridad (con efectividad, pero con la menor concreción que respecto a la pena recibe el contenido de esta otra categoría). Se trata de la fijación de domicilio y su declaración a la autoridad (ápice o mínima restricción ambulatoria que permite su inclusión en este grupo penológico), la observancia por el sujeto de las reglas de inspección que se le determinen, la obligación de procurarse medios lícitos de subsistencia y, en fin, un deber genérico de buena conducta aceptable por la autoridad vigilante. La duración de la vigilancia sobre el sujeto a ella fue a menudo indeterminada, por el tiempo que los tribunales dispusieran, llegando a veces a imponerse de por vida; la con-

versión en medida de seguridad no hizo sino propiciar dicha inconcreción, en expectativa de la evolución del *peligroso*, y sólo al final del ciclo codificador acaba acotándose este aspecto en pro de la seguridad jurídica.

La autoridad efectivamente vigilante siempre lo ha sido la administrativa, que ejecuta la pena o medida impuesta por la judicial: una acción inmediata, directa sobre el vigilado, corresponde a la autoridad local, que sigue en ello directrices y se somete a la supervisión de la autoridad que representa al gobierno central en la provincia; puede, por lo demás, haber especialidades en las que alguna otra instancia concorra con las dichas: es el caso de los excarcelados, con intervención del ministerio fiscal o de las sociedades de patronato; también de los declarados peligrosos, puestos a cargo de delegados especiales; y por encima de todos *vigila* o supervisa el Ministerio de la Gobernación o equivalente, al que ha de participarse en regla toda condena de este tipo para que disponga lo oportuno en orden a su ejecución. El internamiento del individuo es la respuesta común cuando quebranta su sujeción a vigilancia, no sólo en cuanto conculcación ambulatoria, sino también por inobservancia de las reglas de conducta, lo que aparejó la crítica de cierta doctrina. Solamente mientras fue pena principal se reguló la prescripción de la vigilancia (a los cinco años en 1831, a los diez en 1848), siguiendo en su extinción a las penas principales, razonablemente, cuando funciona como accesoria.

La utilización político-criminal de los precedentes encontrados en la política criminal de la monarquía absoluta ha perdurado en la sujeción a vigilancia de la Codificación: vagos y reclusos cumplidos siguieron entre sus sujetos pasivos, pero además otros sectores como cierta delincuencia de Estado de menor gravedad (rebeldes y sediciosos desistidos) u otros de algún riesgo temible en lo futuro (falsificadores, corruptores de menores...). La pena de sujeción a la vigilancia, censurada desde su incorporación a los códigos como contraproduktiva, dado que obstaculizaba la inserción del individuo en la sociedad, resultó descartada como tal ya en el propio siglo XIX. Su reconversión en medida de seguridad mitigó el problema al aliviar su connotación *infamante*, pero no hizo desaparecer el reproche, de suerte que a la postre el legislador, en 1995, opta por suprimir esta medida que hacía evidente a la sociedad el recelo del Estado frente al sujeto en cuestión, que delataba sus *cuentas pendientes* con la Justicia. Sin embargo, hoy, la que en el siglo XIX era ya contestada por estigmatizadora e ineficaz, la que en la siguiente centuria ya se reputaba anticuada, reaparece de nuevo en el ordenamiento del siglo XXI, remozado el nombre e investida con el halo de la modernidad penológica.

XI FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes

A] Fuentes normativas

- Actas del Consejo de Ministros: Fernando VII. Tomo I (1824 y 1825)*. Coord. María Concepción Contel Barea. Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, Madrid, 1989.
- El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S.* Ed. José Ramón Casabó Ruiz. Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- Asamblea Nacional. Diario de las sesiones*. Imprenta Radio, Madrid, 1927.
- Boletín de Jurisprudencia y Administración. Parte Legislativa*. Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. Imprenta Nacional, Madrid.
- Boletín Oficial del Estado*. Imprenta Nacional, Madrid.
- Federico CASTEJÓN, “Anteproyecto de ley de defensa social”, en vv. aa., *Estudios penales. Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.* Universidad de Deusto, Bilbao, 1965.
- Código de Hammurabi*. Trad.-ed. Federico Lara Peinado. Editora Nacional, Madrid, 1982.
- Código de Justicia Militar*. Lamruja, Madrid, 1985.
- Código Penal*. SUP, Madrid, 1996.
- Código penal de don Carlos VII, por la gracia de Dios, Rey de España*. Imprenta Real, Tolosa, 1875.
- Código Penal de España*. Imprenta Nacional, Madrid, 1848.
- Código Penal de España*. Imprenta Nacional, Madrid, 1850.
- Código penal francés*. Ed. Manuel Zavala et al. Imprenta de A. Boix, Méjico, 1866.
- Código Penal y legislación complementaria*. Ed. Julio Díaz-Maroto y Villarejo/Carlos J. Suárez González. Civitas, Madrid, 1992.
- Código Penal y Ley provisional para la aplicación de las disposiciones del mismo en las islas Filipinas*. Ministerio de Ultramar, Madrid, 1886.
- Código Penal Militar y legislación complementaria*. Ed. Antonio Millán Garrido. Tecnos, Madrid, 1992.

- Código Penal ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944.* Ministerio de Justicia, Alcalá de Henares, 1944.
- Código penal reformado, con notas y los discursos pronunciados en las Córtes Constituyentes, al discutirse el proyecto presentado por el Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1870.
- Código Penal, texto refundido conforme a la Ley de 15 de noviembre de 1971.* Ministerio de Justicia, Madrid, 1973.
- Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. I (“El Fuero Juzgo”, “El Fuero Viejo de Castilla”, “Las Leyes del Estilo”, “El Fuero Real”; “El Ordenamiento de Alcalá”). Antonio de San Martín, Madrid, 1872.
- Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. VI (“Espéculo”, “Leyes para los Adelantados mayores”, “Leyes Nuevas”, “Ordenamiento de las Tafurerías”; “Ordenanzas Reales de Castilla”, “Leyes de Toro”). La Publicidad, Madrid, 1849.
- Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias.* Ed. Jacobo López Barja de Quiroga et al. Akal, Madrid, 1988.
- Colección de los Decretos y Órdenes Generales Expedidos por las Cortes.* Imprenta Nacional, Madrid.
- Colección de los Decretos y Órdenes que han Expedido las Cortes Ordinarias.* Imprenta Nacional, Madrid.
- Colección Legislativa de España.* Imprenta Nacional/Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia/Reus, Madrid.
- Colección Legislativa de España. Legislación y Disposiciones de la Administración Central.* Imprenta de la Revista de Legislación/Reus, Madrid.
- Colección Legislativa. Parte Segunda.* Imprenta Nacional, Madrid.
- Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes, y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales Expedidos por los Respectivos Ministerios.* Imprenta Nacional, Madrid.
- Colección de las Leyes, Reales Decretos, Órdenes, Reglamentos, Circulares y Resoluciones Generales Espedidas sobre Todos los Ramos de la Administración y el Gobierno del Estado.* Imprenta del Castellano, Madrid.
- Constitución Española.* Ed. Luis López Guerra. Tecnos, Madrid, 1992.
- Constitucion política de la Monarquía española. Promulgada en Cádiz á 19 de Marzo de 1812.* Imprenta Real, Cádiz, 1812.
- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Madrid á 18 de Junio de 1837.* Imprenta Nacional, Madrid, 1837.
- Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España.* Ed. Diego Sevilla Andrés. Editora Nacional, Madrid, 1969.
- Constitutions y altres drets de Cathalunya.* Joan Pau Marti y Joseph Llopis, Barcelona, 1704.
- El Corán.* Trad. Juan Vernet. Plaza & Janés, Barcelona, 1980.
- Decretos y Resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino y los expedidos por Su Magestad desde que fué libre del tiránico poder revolucionario.* Imprenta Real, Madrid.

- Decretos del Rey don Fernando VII*, t. I y V. Ed. Fermín Martín de Balmaseda. Imprenta Real, Madrid, 1818-1819.
- Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII*. Ed. Josef María de Nieva. Imprenta Real, Madrid.
- Decretos del Rey Nuestro Señor Don Fernando VII, y de la Reina Su Augusta Esposa*. Ed. Josef María de Nieva. Imprenta Real, Madrid.
- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Imprenta Nacional, Madrid.
- Diario de las Sesiones de Córtes*. Juan Antonio García, Madrid.
- Diario de las Sesiones de Córtes. Congreso de los Diputados*. Juan Antonio García/Viuda e Hijos de Juan Antonio García/Hijos de Juan Antonio García, Madrid.
- Diario de Sesiones de las Córtes Constituyentes*. Juan Antonio García, Madrid.
- Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*. S. e., Madrid.
- Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Juan Antonio García/Viuda e Hijos de Juan Antonio García/Hijos de Juan Antonio García, Madrid.
- Estudio comparativo del Código Penal vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- “Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I del Código penal”, *ADPCP* 25.3 (1972).
- Fuero General de Navarra*. Ed. Pablo Ilarregui/Segundo Lapuerta. Diputación Foral de Navarra/Institución Príncipe de Viana/Aranzadi, Pamplona, 1964.
- Los fueros de Aragón: la Compilación de Huesca*. Ed. Antonio Pérez Martín. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- Furs de València*. Ed. Germà Colón/Arcadi García. Barcino, Barcelona, 1974/2002.
- Gaceta de Madrid*. Imprenta Nacional, Madrid.
- Gobierno y administración de la villa de Aguilar de Campoo (Ordenanzas de 1591)*. Ed. Juan Baró Pazos/Eugenio Fontaneda Pérez. Resma, Santander, 1985.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1975.
- Ley de las XII Tablas*. Trad. César Rascón García/José María García González. Tecnos, Madrid, 1996.
- Leyes fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1975.
- Leyes de Marruecos*. Eds. Eugenio Mora Regil/Cesáreo Rodríguez Aguilera. Reus, Madrid, 1947.
- “Liber Iudiciorum sive Lex Visigothorum”, en *Monumenta Germaniae Historica. Legum nationum Germanicarum. Tomus I. Leges Visigothorum*. Ed. Karl Zeumer. Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevi, Hanover/Leipzig, 1902.
- Libro de los fueros de Castiella*. Ed. Galo Sánchez. El Albir, Barcelona, 1981.
- Libro de Hordenanças Para el Buen Gobierno de Murcia y su Huerta y Campo* [legajo de 1594]. Archivo Municipal de Murcia, serie 3, sección 6, signatura 4.
- La Misná*. Ed. Carlos del Valle. Sígueme, Salamanca, 2003.
- Novísima Recopilacion de las leyes de España*. S. e., Madrid, 1805.

- El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*. Ed. Ignacio Jordán de Asso y del Río/Miguel de Manuel y Rodríguez. Joachin Ibarra, Madrid, 1774.
- Ordenanzas del Concejo de Carmona*. Ed. Manuel González Jiménez. Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla, 1972.
- Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1984.
- Proyecto de Código Penal*. Hijos de Juan Antonio García, Madrid, 1885.
- El Proyecto de Código penal de 1939*. Ed. José Ramón Casabó Ruiz. Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- “Proyecto de Ley de Peligrosidad Social”, *ADPCP* 22.3 (1972).
- “Proyecto de reforma del Código Penal”, *RGLJ* 40 (1872).
- Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Consejo de la Hispanidad, Madrid, 1943.
- Recopilacion de las leyes destos reynos*. Catalina de Barrio y Angulo, y Diego Diaz de la Carrera, Madrid, 1640.
- Pedro RODRÍGUEZ CAMPOMANES, *Dictamen fiscal de expulsión de los jesuitas de España (1766-67)*. Ed. Jorge Cejudo/Teófanos Egido. Fundación Universitaria Española, Madrid, 1977.
- Quintiliano SALDAÑA, “Proyecto de ley de Bases para la reforma del Código penal”, *RGLJ* 139 (1921).
- La Santa Biblia*. Trad. Antonio G. Lamadrid *et al.* Ediciones Paulinas, Madrid, 1981.
- Diego SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*. Editora Nacional, Madrid, 1969.
- Las siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio*. Imprenta Real, Madrid, 1807.
- Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Documentos acerca de la expulsión de los judíos*. Aldecoa, Valladolid, 1964.

B] Fuentes doctrinales

- J. F. A., *Diccionario judicial*. Miguel de Burgos, Madrid, 1831.
- Fermín ABELLA, *Manual de las atribuciones de los alcaldes en el gobierno político de los distritos municipales*. Enrique de la Riva, Madrid, 1877.
- Ricardo ABELLA/Manuel ABELLA, *Código Penal (texto revisado de 1963)*. Abella, Madrid, 1965.
- Manuel ALEU, *Código Penal de España*. El Secretariado, Madrid, 1906.
- Juan ALONSO Y EGUILAZ, *Bosquejo detallado de Código penal filosófico-práctico*. Asociación del Arte de Imprimir, Madrid, 1873.
- José María ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de Castilla e Indias*. Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1982.
- Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios á las Leyes de Toro segun su espíritu y el de la legislacion de España*. Viuda de Ibarra, Madrid, 1796.
- Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia*. Viuda de Ibarra, Madrid, 1796.

- José ANTÓN ONECA, *Derecho penal*. Ed. José Julián Hernández Guijarro/Luis Beneytez Merino. Akal, Madrid, 1986.
- Félix de ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho penal español*. Benito González, Oviedo, 1860.
- Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, *La nueva ciencia penal (exposición y crítica)*. Fernando Fe e Hijos, Madrid/Sevilla, 1887.
- Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, “Notas” y “Apéndice” a Enrique Pessina, *Elementos de Derecho penal*. Hijos de Reus, Madrid, 1913.
- Concepción ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*. Eduardo Martínez, Madrid, 1877.
- Concepción ARENAL, “Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes”, *Obras completas*, t. XIV. Victoriano Suárez, Madrid, 1896.
- ARISTÓTELES, *Política*. Trad. Manuela García Valdés. Gredos, Madrid, 1988.
- Pedro ARMENGOL Y CORNET, *¿A las islas Marianas ó al golfo de Guinea?* Eduardo Martínez, Madrid, 1878.
- Lorenzo ARRAZOLA *et al.*, *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislacion de España é Indias*. Imprenta de Díaz y Compañía, Madrid, 1853.
- Ignacio Jordán ASSO Y DEL RÍO/Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*. Imprenta de la Real Compañía, Madrid, 1805.
- Ildefonso AURIOLES MONTERO, *Instituciones del Derecho penal de España*. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1849.
- Manuel Josef de AYALA, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*. Ed. Marta Milagros de Vas Mingo. Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1989.
- Jaime BALMES, *Consideraciones políticas sobre la situación de España (1840)*. Doncel, Madrid, 1975.
- Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Trad. Juan Antonio de las Casas. Alianza Editorial, Madrid, 1968.
- Enrique de BENITO, “Delitos políticos”, en *EJE*, t. X.
- Jeremías BENTHAM, *Cartas de Jeremías Bentham al Señor Conde de Toreno, sobre el Proyecto de Código penal presentado á las Cortes*. Diego García y Campoy, Madrid, 1821.
- Jeremías BENTHAM, *Teoría de las penas y de las recompensas*. Extract. Estevan Dumont; trad. L. B. Manuel Saurí, Barcelona, 1838.
- Jeremías BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*. Extract. Esteban Dumont; trad. Ramón Salas; ed. Magdalena Rodríguez Gil. Editora Nacional, Madrid, 1981.
- Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Praxis, Barcelona, 1999.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Anarquismo”, en *EJE*, t. II.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Confinamiento”, en *EJE*, t. VIII.

- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de Derecho penitenciario*. Imprenta Universitaria. Méjico, 1953.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Pena”, en *EJE*, t. XXIV.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Quebrantamiento de condena”, en *EJE*, t. XXVI.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Relegación”, en *EJE*, t. XXVII.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, “Sujeción á la vigilancia de la autoridad”, en *EJE*, t. XXIX.
- Constancio BERNALDO DE QUIRÓS/Álvaro NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría del Código Penal*. Imprenta del Reformatorio de Jóvenes Delincuentes, Alcalá de Henares, 1911.
- Joseph BERNÍ Y CATALÁ, *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles, y practica moderna*. Herederos de Geronimo Conejos, Valencia, 1759.
- Joseph BERNÍ, *Práctica criminal*. Civitas, Madrid, 1995 (facsimil de la edición de Valencia, 1749).
- Emiliano BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*. Trotta, Madrid, 1997.
- Fernando CADALSO, *El anarquismo y los medios de represión*. Romero, Madrid, 1896.
- Fernando CADALSO, *La pena de deportación y la colonización por penados*. José Gón-gora Álvarez, Madrid, 1895.
- Fernando CADALSO, “Ponencia al Congreso Penitenciario de Valencia”, en *EJE*, t. X.
- Federico CASTEJÓN, “Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944”, *RGLJ* 177 (1944) y 178 (1945).
- Gonzalo del CASTILLO ALONSO, “Garantías constitucionales”, en *EJE*, t. XVII.
- Gonzalo del CASTILLO ALONSO, “Residencia”, en *EJE*, t. XXVII.
- Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores, y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra*. Juan Bautista Verdussen, Amberes, 1704.
- Alfonso de CASTRO, *La fuerza de la ley penal*. Trad. Laureano Sánchez Gallego. Universidad de Murcia, Murcia, 1931.
- José de CASTRO Y OROZCO/Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado, para la comun inteligencia y fácil aplicacion de sus disposiciones*. Manuel Sanz, Granada, 1848.
- José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Introducción*. Tecnos, Madrid, 2005.
- José CEREZO MIR, “Informe sobre el anteproyecto de bases del Libro I del Código penal”, *ADPCP* 25.3 (1972).
- José CEREZO/José Luis DÍEZ, “Un nuevo sistema de penas”, *ADPCP* 32.1 (1979). *Código Penal de 1944 (Edición anotada)*. Revista Investigación, Madrid, 1945.
- Benjamín CONSTANT, “Comentarios” a Cayetano Filangieri, *Ciencia de la legislacion*. Librería Española de Lecointe, París, 1836.
- Benjamín CONSTANT, *Principios de política*. Trad. Josefa Hernández Alfonso. Aguilar, Madrid, 1970.

- Andrés CORNEJO, *Diccionario histórico, y forense del Derecho real de España*. Joachin Ibarra, Madrid, 1779.
- Eugenio CUELLO CALÓN, “Adiciones” y “Apéndice” a Enrique Pessina, *Elementos de Derecho penal*. Hijos de Reus, Madrid, 1913.
- Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal*. Adapt. César Camargo Hernández. Bosch, Barcelona, 1968.
- Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*. Revis. César Camargo Hernández. Bosch, Barcelona, 1975.
- Eugenio CUELLO CALÓN, “Destierro”, en *EJE*, t. XI.
- Eugenio CUELLO [CALÓN], “Extrañamiento”, en *EJE*, t. XV.
- Eugenio CUELLO CALÓN, *La nueva penología*. Bosch, Barcelona, 1958.
- Eugenio CUELLO CALÓN, *Penología*. Reus, Madrid, 1920.
- Pedro DORADO [MONTERO], *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Manuel Soler, Barcelona, s. a.
- Pedro DORADO MONTERO, “Código penal”, en *EJE*, t. VI.
- Pedro DORADO [MONTERO], “Colonias para jóvenes delincuentes”, en *EJE*, t. VII.
- Pedro DORADO [MONTERO], “Colonias penitenciarias”, en *EJE*, t. VII.
- Pedro DORADO MONTERO, “Deportación”, en *EJE*, t. X.
- Ramón Lázaro de DOU Y BASSÓLS, *Instituciones del Derecho público general de España*. Benito García y Compañía, Madrid, 1802.
- Pedro Antonio ECHEBARRÍA Y OJEDA, *Los delitos y las penas en el «Diccionario» de Echebarría de 1791*. Ed. facs. Borja Mapelli Caffarena/Antonio García Benítez. Padilla Libros, Sevilla, 2006.
- José Antonio ELÍAS, *Aplicación práctica del Código Penal de España*. Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848.
- Enciclopedia Jurídica Española*. Francisco Seix, Barcelona, 1910.
- Gonzalo ESCOBAR MARULANDA, “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, en José Cid Moliné/Elena Larrauri Pijoan (coords.), *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.
- Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1977.
- Joaquín ESCRICHE, *Elementos del Derecho patrio*. Viuda de Calleja e Hijos, Madrid, 1840.
- Antonio FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*. Sucesores de Nogués, Murcia, 1946/1956.
- Cayetano FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*. Trad. Juan Ribera. Fermín Villalpando, Madrid, 1822.
- Alejo GALILEA, *Exámen filosófico-legal de los delitos*. José C. de la Peña, Madrid, 1846.
- Florencio GARCÍA GOYENA, *Código criminal español segun las leyes y práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*. Viuda de Calleja e Hijos, Madrid, 1843.

- Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE, *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*. Ignacio Boix, Madrid, 1842.
- Florencio GARCÍA GOYENA/Joaquín AGUIRRE, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*. Gaspar y Roig, Madrid, 1852.
- Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Vicente GARRIDO *et al.*, *Principios de Criminología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Joaquín GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, “Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código Penal”, *RGLJ* 136 (1920).
- Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones juris civiles, communis et regii*. Typis Petri Marin, Madrid, 1780.
- Mariano GÓMEZ GONZÁLEZ, “Impuesto de cédulas personales”, en *EJE*, t. XVIII.
- Mariano GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA *et al.*, *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*. COLEX, Madrid, 1986.
- Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. Vicente Lalama, Madrid, 1843.
- Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho penal de España, arreglados al nuevo Código*. Sánchez, Madrid, 1849.
- Pedro GÓMEZ DE LA SERNA/Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. Sánchez, Madrid, 1877.
- Luis GRACIA MARTÍN (coord.) *et al.*, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*. Timoteo Arnaiz/Esteban Hermanos, Burgos/Salamanca, 1870/1899.
- Josef Marcos GUTIÉRREZ, *Discurso sobre los delitos y las penas*. Vega y Compañía, Madrid, 1806.
- Josef Marcos GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*. Benito García y Compañía, Madrid, 1804/1806.
- Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Cuestiones selectas de Derecho penal vigente*. Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1854.
- Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Lecciones de Derecho español*. Salvador Albert, Madrid, 1838.

- Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2001.
- Pedro HUGUET CAMPAÑÁ, *El abogado popular*. Calpe, Barcelona, s. a.
- José Francisco de ISLA, *Anatomía del informe de Campomanes*. Ed. Conrado Pérez Pi-cón. Institución Fray Bernardino de Sahagún, León, 1979.
- Louis de JAUCOURT, “Pena”, en Denis Diderot/Jean le Rond d’Alembert (eds.), *La Enciclopedia (selección de artículos políticos)*. Trad. Ramón Soriano/Antonio Porras. Tecnos, Madrid, 1986.
- Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*. Reus, Madrid, 1934.
- Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 1988.
- Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tecnos, Madrid, 2005.
- Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Ibarra, Madrid, 1782.
- Gregorio LASALA NAVARRO, “Condena a obras y presidios de arsenales”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 119 (1955).
- Gregorio LASALA NAVARRO, “Condena a presidios militares”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 89 (1952).
- Francisco LASTRES Y JUIZ, *La colonización penitenciaria de las Marianas y Fernando Póo*. Eduardo Martínez, Madrid, 1878.
- Francisco LASTRES, *Estudios penitenciarios*. Pedro Núñez, Madrid, 1887.
- Isidro LIESA, “Presidios”, en *EJE*, t. XXV.
- Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal*. Trad. Quintiliano Saldaña/Luis Jiménez de Asúa. Reus, Madrid, 1999.
- Sancho LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*. Analecta, Pamplona, 2002.
- Gregorio LÓPEZ, *Las siete Partidas del sabio rey don Alonso el Nono, glosadas*. Benito Cano, Madrid, 1789.
- Manuel LÓPEZ DE AZCUTIA, *Derecho criminal. Sustanciacion de los procesos, leyes, decretos, órdenes vigentes; observaciones al Código, y exposicion y explicacion de casos prácticos dudosos*. Manuel Rivadeneyra, Madrid, 1862.
- Manuel [LÓPEZ DE] AZCUTIA, *La ley penal: estudios prácticos sobre la interpretacion, inteligencia y aplicacion del Código de 1870, en su relacion con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*. Antonio de San Martín, Madrid, 1876.
- José Luis MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de interdicción civil”, *ADPCP* 32.2 (1979).
- José T. MARTÍN DE AGAR, *Introducción al Derecho canónico*. Tecnos, Madrid, 2002.
- Manuel Silvestre MARTÍNEZ, *Librería de jueces, utilísima, y universal*. Blas Román, Madrid, 1772.
- Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administracion española, peninsular y ultramarina*. Antonio Peñuelas, Madrid, 1868/1870.

- Marcelo MARTÍNEZ-ALCUBILLA BORONAT, *Código Penal de 8 de Septiembre de 1928*. Boletín Jurídico-Administrativo, Madrid, 1928.
- Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Fermin Vialpando, Madrid, 1819.
- León MEDINA/Manuel MARAÑÓN, *Leyes penales de España*. Viuda e Hijos de Tello, Madrid, 1895.
- Juan MELÉNDEZ VALDÉS, *Discursos forenses*. Ed. José Esteban. Fundación Banco Exterior, Madrid, 1986.
- Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2008.
- Jerónimo MONTES, *Derecho penal español*. Imprenta del Real Monasterio de El Escorial, San Lorenzo de El Escorial, 1929.
- Barón de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Trad. Mercedes Blázquez/Pedro de Vega. Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NICOLAO ANTONIO, *De exilio sive de exilii poena antiqua et nova exulumque conditione et iuribus libri tres*. Iacobum Meursium, Amberes, 1659.
- Nueva Enciclopedia Jurídica*. Dir. Carlos-E. Mascareñas. Francisco Seix, Barcelona, 1952.
- Toribio NÚÑEZ, *Ciencia penal segun los principios de Bentham*. Imprenta Real, Madrid, 1835.
- Pablo de OLAVIDE, *Plan de estudios para la Universidad de Sevilla*. Ed. Francisco Aguilar Piñal. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1989.
- Santiago OLIVA Y BRIDGMAN, *Novísimo diccionario de legislación y jurisprudencia*. Luis Janer Blanco, Barcelona, 1892.
- Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA/José de CASTRO Y OROZCO, *Código penal reformado, con el texto ajustado a la nueva edicion oficial, y con notas y observaciones sobre las reformas y sus motivos*. Santiago Saunaque, Madrid, 1850.
- Manuel Luis ORTIZ DE ZÚÑIGA/Cayetano de HERRERA, *Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España*. Tomás Jordan, Madrid, 1832.
- Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense*. Viuda de Jordán e Hijos, Madrid, 1843.
- Joseph-Louis ORTOLAN, *Curso de legislacion penal comparada*. Sociedad Literaria y Topográfica, Madrid, 1845.
- Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*. Edisofer, Madrid, 2000.
- Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho penal*. S. Compagni, Madrid, 1854.
- José María PANTOJA, *Repertorio de la jurisprudencia criminal española*. Revista de Legislación, Madrid, 1875/1877.
- Nicolás de PASO Y DELGADO/Bernardo de TORO Y MOYA, *Nociones del Derecho penal español, así común como escepcional*. Astudillo y Garrido, Granada, 1848.
- Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislacion universal de España é Indias*. Vv. ii., Madrid, 1791/1798.

- Enrique PESSINA, *Elementos de Derecho penal*. Trad. Hilarión González del Castillo. Hijos de Reus, Madrid, 1913.
- PLATÓN, “Leyes”, *Diálogos*, t. VIII. Trad. Francisco Lisi. Gredos, Madrid, 2008.
- PLATÓN, “Político”, *Diálogos*, t. V. Trad. María Isabel Santa Cruz. Gredos, Madrid, 2002.
- Adolfo POSADA, “Orden público”, en *EJE*, t. XXIII.
- Francisco de LA PRADILLA, *Suma de las leyes penales*. Imprenta del Rey, Madrid, 1639.
- Antonio PUGA Y ARAUJO, *Código penal ó sea recopilacion de cuantos delitos y penas comprenden las leyes, reales decretos, reales órdenes y mas resoluciones generales expedidas desde 1º de octubre de 1832, en que por separacion del ministerio «Calomarde» dió principio un cambio en el sistema gubernativo, hasta la actualidad*. Ignacio Boix, Madrid, 1841.
- Federico PUIG PEÑA, “Colonización penal”, en *NEJ*, t. IV.
- Federico PUIG PEÑA, “Confinamiento”, en *NEJ*, t. IV.
- Federico PUIG PEÑA, “Destierro”, en *NEJ*, t. VII.
- Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal: parte general*. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Francisco MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*. Destino, Barcelona, 1984.
- Juan de Dios de LA RADA Y DELGADO, *Código penal*. León Pablo Villaverde, Madrid, 1863.
- Isidoro RAMÍREZ Y BURGALETA, *Código Penal de España reformado, nuevo procedimiento criminal, y organizacion general de los tribunales*. Manuel Rivadeneyra, Madrid, 1859.
- Juan María RODRÍGUEZ, *Instituciones prácticas, ó curso elemental completo de práctica forense*. Imprenta del Sevillano, Sevilla, 1843.
- José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*. Revis. Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1989.
- Juan del ROSAL, *Principios de Derecho penal español (Lecciones)*. Casa Martín, Valladolid, 1945.
- Pellegrino ROSSI, *Tratado de Derecho penal*. Trad. Cayetano Cortés. José María Repullés, Madrid, 1839.
- Juan Jacobo ROUSSEAU, *Contrato social*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Civitas, Madrid, 2003.
- Ramiro RUEDA NEIRA, *Parte artística del Código Penal vigente; estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*. José María Paredes, Santiago de Compostela, 1890.
- J. S./A. de B., *Código Penal de España. Sancionado por S. M. en 19 de marzo de 1848*,

- enmendado con arreglo á los reales decretos de 21 y 22 de setiembre de 1848 y anotado.* Ramón Martín Indar, Barcelona, 1848.
- Pedro SÁENZ HÉRMUA Y ESPINOSA, *Los puntos de Derecho resueltos en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia desde 1938 hasta fin de diciembre de 1881.* Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1884/1886.
- José Antonio SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal.* Bosch, Barcelona, 1979.
- Juan SALA, *Digesto romano-español.* Trad. Pedro López Clarós/Francisco Fábregas del Pilar. Imprenta del Colegio Nacional de Sordo-Mudos, Madrid, 1844.
- Juan SALA, *Ilustracion del Derecho real de España.* Imprenta Real, Madrid, 1932.
- Ramón SALAS, *Comentarios al tratado de los delitos y de las penas escrito por el Marqués de Beccaria.* Villamil, Madrid, 1836.
- Quintiliano SALDAÑA, “Adiciones” a F. von Liszt, *Tratado de Derecho penal.* Reus, Madrid, 1999.
- Quintiliano SALDAÑA, “El futuro Código Penal”, *RGLJ* 139 (1921).
- Quintiliano SALDAÑA, “La reforma del Código penal”, *RGLJ* 134-135 (1919) y 136 (1920).
- Luis SAN MARTÍN LOSADA, *El Código Penal de 1928: su estudio y comparación con el de 1870.* Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928.
- José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, en Carlos García Valdés *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat.* Edisofer, Madrid, 2008.
- Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Principios del Derecho penal con aplicacion al Código español.* Pedro Núñez, Madrid, 1872.
- Aniceto SELA, “Derecho de expulsión”, en *EJE*, t. XI.
- José SERRANO PÉREZ, *Normas jurídicas.* Reus, Madrid, 1926.
- Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España.* Tomás Fortanet/Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1874/1879.
- Juan de SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política indiana.* Correc. Francisco Ramiro de Valenzuela. Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Madrid/Buenos Aires, 1930.
- Ramón Francisco VALDÉS, *Diccionario de legislación y jurisprudencia criminal.* Imprenta Militar de D. Manuel Soler, La Habana, 1859.
- Juan VALERO DE TORNOS, “Código penal comentado”, en *La ley, Enciclopedia de Derecho*, c. 16. Imprenta de La Ley, Madrid, 1867.
- Salvador VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870.* Fernando Fe, Madrid, 1885.
- José VICENTE Y CARAVANTES, *Código penal reformado, comentado novísimamente.* Alejandro Gómez Fuentenebro, Madrid, 1851.
- José VICENTE Y CARAVANTES, “Reseña histórica del Derecho penal desde la Novísima Recopilacion hasta el día”, en Albert du Boys, *Historia del Derecho penal de España.* José María Pérez, Madrid, 1872.
- Juan de Dios VICO Y BRABO, *Estudios de preparación al de la ciencia del Derecho.* Francisco de los Reyes, Granada, 1881.
- Senén VILANOVA Y MAÑES, *Materia criminal forense, ó tratado universal teórico y*

- práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta materia.* Tomás Albán, Madrid, 1807.
- Ricardo VILLA-REAL MOLINA/Miguel Ángel del ARCO TORRES, *Diccionario de términos jurídicos*. Comares, Granada, 1999.
- Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal, arreglado á las leyes de España*, Viuda de Ibarra, Madrid, 1797.
- Tomás María de VIZMANOS/Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código Penal*. José González y Andrés Vicente, Madrid, 1848.
- VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias*. Trad. Juan Antonio de las Casas. Alianza Editorial, Madrid, 1968.

C] Otras fuentes literarias

- José María ALBIÑANA, *Confinado en las Hurdes (una víctima de la Inquisición republicana)*. El Financiero, Madrid, 1933.
- Antonio ALCALÁ GALIANO, *Obras escogidas*. Ed. Jorge Campos. Atlas, Madrid, 1955.
- Niceto ALCALÁ-ZAMORA, *Memorias*. Planeta, Barcelona, 1977.
- Mateo ALEMÁN, *Guzmán de Alfarache*. Ramón Sopena, Barcelona, 1966.
- Vicente ALEMANY, *Andanzas del Buscón don Pablos por México y Filipinas*. Ed. Celsa Carmen García Valdés. Universidad de Navarra, Pamplona, 1998.
- Dante ALIGHIERI, *La divina commedia*. Ed. Daniele Mattalia. Rizzole, Milán, 1966.
- Fernando ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Del «contubernio» al consenso*. Planeta, Barcelona, 1985.
- José Nicolás de AZARA, *Memorias del ilustrado aragonés José Nicolás de Azara*. Ed. Gabriel Sánchez Espinosa. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2000.
- AZORÍN, *La cabeza de Castilla*. Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1950.
- Francisco Javier BALMASEDA, *Los confinados á Fernando Póo é impresiones de un viaje á Guinea*. Imprenta de la Revolución, Nueva York, 1869.
- Jerónimo BARRIONUEVO, *Avisos del Madrid de los Austrias y otras noticias*. Ed. José María Díez Borque. Castalia/Comunidad de Madrid, Madrid, 1996.
- Iacobo BELDA, *Defensio fidei in causa neophytorum siue Morischorum Regni Valentiae, totiusque Hispaniae*. Ioannem Chrysostomum Garriz, Valencia, 1610.
- Eulalia de BORBÓN, *Memorias de doña Eulalia de Borbón, infanta de España*. Juventud, Barcelona, 1987.
- Conde de CABARRÚS, *Cartas (1795)*. Ed. José Esteban. Fundación Banco Exterior, Madrid, 1990.
- José CADALSO, *Las noches lúgubres seguidas de la Memoria de los acontecimientos más particulares de mi vida*. Libros de Autor, Madrid, 1993.
- Alonso de CASTILLO SOLÓRZANO, *Aventuras del bachiller Trapaza*. Libra, Madrid, 1970.
- Camilo José CELA, *Obras completas*, t. V. Destino/Planeta-De Agostini, Barcelona, 1990.

- Miguel de CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*. Ed. Juan Alcina Franch. Hijos de José Bosch, Gerona, 1977.
- Miguel de CERVANTES, *Novelas ejemplares*. Ed. Francisco Alonso. EDAF, Madrid, 1986.
- CICERÓN, *Cartas*. Ed.-trad. Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez (t. I), José A. Beltrán (t. III). Gredos, Madrid, 1996/2008.
- Alonso de ERCILLA, *La Araucana*. Ed. Olivo Lazzarin Dante. Francisco de Aguirre, Buenos Aires, 1977.
- Juan de ESCOQUIZ, *Memorias (1807-1808)*. Renacimiento, Sevilla, 2007.
- Patricio de LA ESCOSURA, *Ni rey ni roque*. Tebas, Madrid, 1975.
- Patricio de LA ESCOSURA, *Memoria sobre Filipinas y Joló*. Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1882.
- Vicente ESPINEL, *Vida del escudero Marcos de Obregón*. Ed. María Soledad Carrasco Urgoiti. Castalia, Madrid, 1972.
- Francisco ESPOZ Y MINA, *Memorias del general don Francisco Espoz y Mina*. Ed. Miguel Artola Gallego. Atlas, Madrid, 1962.
- José de ESPRONCEDA, *Obras completas*. Ed. Diego Martínez Torrón. Cátedra, Madrid, 2006.
- Nicolás ESTÉVANEZ, *Mis memorias*. Tebas, Madrid, 1975.
- Fernando FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, *Mis memorias íntimas*. Ed. Miguel Artola Gallego. Atlas, Madrid, 1966.
- Leandro FERNÁNDEZ DE MORATÍN, *Epistolario*. Ed. René Andioc. Castalia, Madrid, 1973.
- Benito Jerónimo FEYJOO Y MONTENEGRO, *Teatro crítico universal*. Real Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1779.
- José FRUTOS BAEZA, *El ciudadano Fortún (Memorias de la época de «Los mal llamados Tres Años» y sus alrededores tomadas de viva voz y documentalmente)*. Ed. María Concepción Ruiz Abellán. Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1983.
- Antonio GALLEGO MORELL (ed.), *Garcilaso: documentos completos*. Planeta, Barcelona, 1976.
- José GARCÍA LEÓN Y PIZARRO, *Memorias*. Ed. Álvaro Alonso-Castrillo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCILASO DE LA VEGA, *Obras completas*. Ed. Antonio Gallego Morell. Planeta, Barcelona, 1983.
- Gregorio GONZÁLEZ, *El quitón Onofre*. Ed. Fernando Cabo. Almar, Salamanca, 1988.
- Marco de GUADALAJARA Y XAVIERR, *Memorable expulsion y iustissimo destierro de los moriscos de España*. Nicolás de Assiayn, Pamplona, 1613.
- Felipe GUAMÁN POMA DE AYALA, *Nueva crónica y buen gobierno*. Ed. John V. Murra et al. Historia 16, Madrid, 1987.
- Historia de la caída del Conde-Duque de Olivares (manuscrito del siglo XVII)*. Algazara, Málaga, 1992.
- Diego HURTADO DE MENDOZA, *Guerra de Granada*. Ed. Bernardo Blanco-González. Castalia, Madrid, 1970.

- Diego HURTADO DE MENDOZA, *Poesía completa*. Ed. José Ignacio Díez Fernández. Planeta, Barcelona, 1989.
- San ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*. Ed.-trad. José Oroz Reta/Manuel-A. Marcos Casquero. La Editorial Católica, Madrid, 1982.
- José Francisco de ISLA, *Obras escogidas*. Atlas, Madrid, 1945.
- José Francisco de ISLA, *Historia de la expulsión de los Jesuitas (Memorial de las cuatro provincias de España de la Compañía de Jesús desterradas del reino a S. M. el Rey Don Carlos III)*. Ed. Enrique Jiménez López. Instituto de Cultura Juan Gil-Albert/Diputación Provincial de Alicante, Alicante, 1999.
- Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Notas de un confinado*. Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Madrid, 1930.
- Gaspar Melchor de JOVELLANOS, *Diario*. Ed. José Miguel Caso González. Planeta, Barcelona, 1992.
- Gaspar Melchor de JOVELLANOS, *Obras*. Francisco de Paula Mellado, Madrid, 1845.
- Teodulfo LAGUNERO, *Memorias*. Umbriel/Tabla Rasa, Barcelona, 2009.
- Mariano José de LARRA, *Fígaro. Colección de artículos dramáticos, literarios, políticos y de costumbres*. Ed. Alejandro Pérez Vidal. Editorial Crítica, Barcelona, 1997.
- Fray Luis de LEÓN, *De los Nombres de Cristo*. Ed. Antonio Sánchez Zamarreño. Espasa-Calpe, Madrid, 1991.
- Fernando de LEÓN Y CASTILLO, *Mis tiempos*. Ed. Manuel Caballero González. Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2006.
- Juan Antonio LLORENTE, *Noticia biográfica (autobiografía)*. Taurus, Madrid, 1982.
- Torcuato LUCA DE TENA, *Papeles para la pequeña y la gran historia. Memorias de mi padre y mías*. Planeta, Barcelona, 1991.
- Manuel LUENGO, *Memoria de un exilio: diario de la expulsión de los jesuitas de los dominios del rey de España (1767-1768)*. Ed. Inmaculada Fernández Arrillaga. Universidad de Alicante, Alicante, 2002.
- Manuel MACHADO, *Antología*. Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1940.
- José MARTÍ, *Obras completas*, ts. I y XVI. Editorial Nacional de Cuba, La Habana, 1963-1965.
- Francisco MARTÍNEZ DE MATA, *Memoriales y discursos*. Ed. Gonzalo Anés. Moneda y Crédito, Madrid, 1971.
- Ramón MENÉNDEZ PIDAL (ed.), *Flor nueva de romances viejos*. Espasa-Calpe, Madrid, 1978.
- Servando Teresa de MIER, *Memorias: un fraile franciscano desterrado en Europa*. Ed. Manuel Ortuño Martínez. Trama, Madrid, 2006.
- Marqués de MIRAFLORES, *Memorias del reinado de Isabel II*. Ed. Manuel Fernández Álvarez. Atlas, Madrid, 1964.
- José MOR DE FUENTES, *Bosquejillo de su vida*. Atlas, Madrid, 1943.
- Raúl MORODO, *Atando cabos: memorias de un conspirador moderado (I)*. Taurus, Madrid, 2001.
- Antonio de NEBRIJA, *Gramática de la lengua castellana*. Librerías París-Valencia, Valencia, 1997.

- George ORWELL, 1984. Salvat/Alianza Editorial, Estella, 1970.
- Ángel OSSORIO Y GALLARDO, *La España de mi vida (autobiografía)*. Grijalbo, Barcelona, 1977.
- Publio OVIDIO NASÓN, *Epístolas desde el Ponto*. Ed. José Quiñones Melgoza. Universidad Central Autónoma de Méjico, Méjico, 1978.
- Publio OVIDIO NASÓN, *Las tristes*. Ed. José Quiñones Melgoza. Universidad Central Autónoma de Méjico, Méjico, 1974.
- Manuel del PALACIO, *Mi vida en prosa: crónicas íntimas*. Victoriano Suárez, Madrid, s. a. [1904].
- Manuel del PALACIO, *Un poeta satírico del XIX: los sonetos políticos de Manuel del Palacio*. Ed. José Luis Gordillo Courcières. Compañía Literaria, Madrid, 1994.
- José PALAFOX, *Autobiografía*. Prep. José García Mercadal. Taurus, Madrid, 1966.
- José de PELLICER, *Avisos históricos*. Selec. Enrique Tierno Galván. Taurus, Madrid, 1965.
- Benito PÉREZ GALDÓS, *Fortunata y Jacinta*. Planeta, Barcelona, 1993.
- Benito PÉREZ GALDÓS, *Recuerdos y memorias*. Tebas, Madrid, 1975.
- Benito PÉREZ GALDÓS, *Las tormentas del 48*. Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- Picaresca femenina*. Ed. Antonio Rey Hazas. Plaza & Janés, Barcelona, 1986.
- Poema de Mio Cid*. Ed. Ramón Menéndez Pidal. Espasa-Calpe, Madrid, 1975.
- Poetas líricos de los siglos XVI y XVII*. Ord. Adolfo de Castro. Atlas, Madrid, 1951.
- Antonio Aniceto PORLIER, “Vida de don Antonio Aniceto Porlier, actual Marqués de Bajamar, escrita por él mismo para instrucción de sus hijos”, *Revista de Historia. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de La Laguna* 78 (1947).
- Francisco de QUEVEDO, *Obras completas en prosa*. Ed. Luis Astrana Marín. Aguilar, Madrid, 1945.
- Francisco de QUEVEDO, *Poesía original completa*. Ed. José Manuel Blecua. Planeta, Barcelona, 1981.
- Juan RICO Y AMAT, *Diccionario de los políticos (1855)*. Ed. Diego Sevilla Andrés. Narcea, Madrid, 1976.
- Dionisio RIDRUEJO, *Casi unas memorias*. Ed. César Armando Gómez. Planeta, Barcelona, 1976.
- Dionisio RIDRUEJO, *Hasta la fecha (poesías completas)*. Aguilar, Madrid, 1961.
- José RIZAL, “Poesías”, *Escritos de José Rizal*. Comisión Nacional de Historia, Manila, 1972.
- Conde de ROMANONES, *Notas de una vida*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999.
- Francisco de SAAVEDRA, *Memorias inéditas de un ministro ilustrado*. Ed. Manuel Moreno Alonso. Castillejo, Sevilla, 1992.
- Rafael SÁNCHEZ-GUERRA, *Mis prisiones*. Claridad, Buenos Aires, 1946.
- María Helena SÁNCHEZ ORTEGA, *Documentación selecta sobre la situación de los gitanos españoles en el siglo XVIII*. Editora Nacional, Madrid, 1976.
- Lucio Anneo SÉNECA, *A su madre Helvia (Consolación)*. Ed. Concepción Alonso del Real. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

- Carlos de SIGÜENZA Y GÓNGORA, *Infortunios de Alonso Ramírez*. Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1951.
- Enrique TIERNO GALVÁN, *Cabos sueltos*. Bruguera, Barcelona, 1981.
- Diego de TORRES VILLARROEL, *Juguetes de Talía, entretenimientos del numen*. Viuda de Ibarra, Madrid, 1795.
- Diego de TORRES VILLARROEL, *Mi vida y aventuras*. Círculo de Amigos de la Historia, Ginebra, 1974.
- Miguel de UNAMUNO, *Obras completas*. Ed. Manuel García Blanco. Afrodísio Aguado, Barcelona, 1958.
- Marqués de VALDEIGLESIAS, *Setenta años de periodismo (memorias)*. Biblioteca Nueva, Madrid, 1950.
- José Tomás VALVERDE, *Memorias de un alcalde*. Escelicer, Madrid, 1961.
- Lope de VEGA, *La Arcadia*. Ed. Edwin S. Morby. Castalia, Madrid, 1975.
- Lope de VEGA, *Poesías líricas*. Ed. José Fernández Montesinos. Espasa-Calpe, Madrid, 1963.
- La vida de Lazarillo de Tormes*. Ed. Antonio Rey Hazas. Castalia, Madrid, 1987.
- VV. AA., *Relatos diversos de cartas de jesuitas (1634-1648)*. Selec. José María de Cossío. Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1953.
- José ZORRILLA, *Recuerdos del tiempo viejo*. Debate, Madrid, 2001.

2. Bibliografía

A] Bibliografía jurídica

- Enrique AHRENS, *Historia del Derecho*. Trad. Francisco Giner/Augusto G. de Linares. Impulso, Buenos Aires, 1945.
- Fernando ALBI, *El corregidor en el municipio español bajo la Monarquía absoluta (ensayo histórico-crítico)*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1943.
- Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA/María Jesús TORQUEMADA SÁNCHEZ, “La expulsión de los Jesuitas del Reino de Nápoles: algo más que una obsesión”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 7 (2000).
- Juan Antonio ALEJANDRE, “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia* 16 extra VII (X-1978).
- Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación I*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1980.
- Ángel ALLOZA, *La vara quebrada de la justicia: un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVIII*. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2000.
- Isabel ALMAZÁN FERNÁNDEZ, “Penalidad señorial y penalidad real: el diferente peso de la justicia en Cataluña durante el siglo XVI”, en Esteban Sarasa Sánchez/ Eliseo Serrano Martín (eds.), *Señorío y feudalismo en la Península Ibérica (ss. XII-XIX)*, t. IV. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1993.

- José M. ALONSO Y ALONSO, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *Revista de Estudios Penitenciarios* 2 (1946).
- María Paz ALONSO ROMERO, “Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, *AHDE* 55 (1985).
- María Paz ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal (1837-1898)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- María Paz ALONSO/Antonio Manuel HESPANHA, “Les peines dans les pays ibériques (XVII-XIX siècles)”, *RSJB* 57.
- Luis ALONSO TEJADA, *Inquisidores y herejes: cuatro siglos de Santo Oficio en España*. Bruguera, Barcelona, 1975.
- Javier ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Javier ALVARADO PLANAS (coord.), “La Sección de Orden Público a fines del reinado de Isabel II: la represión política a través de los ficheros policiales reservados”, en vv. aa., *Poder, economía, clientelismo*. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Enrique ÁLVAREZ CORA, *La Constitución postiza: el nacimiento del Fuero de los Españoles*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2010.
- Enrique ÁLVAREZ CORA, “El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio”, en Enrique Gacto Fernández (ed.), *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*. Dykinson, Madrid, 2006.
- Enrique ÁLVAREZ CORA, “Derecho sexual visigótico”, *Historia. Instituciones. Documentos* 24 (1997).
- Enrique ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*. Dykinson, Madrid, 2012.
- Francisco J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Contribución al estudio sobre la aplicación del C. P. de 1822”, *Cuadernos de Política Criminal* 5 (1978).
- Constante AMOR Y NEVEIRO, *Bibliografía de los estudios penales*. Hijos de Reus, Madrid, 1909.
- José María ANTEQUERA, “La codificación moderna en España”, *RGLJ* 68-69 (1886).
- José ANTÓN [ONECA], *Los antecedentes del nuevo Código Penal*. Reus, Madrid, 1929.
- José ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *ADPCP* 18.3 (1965).
- José ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, *ADPCP* 23.2 (1970).
- José ANTÓN ONECA, “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, 18.2 (1965).
- José ANTÓN ONECA, “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, *ADPCP* 25.2 (1972).
- AZORÍN [José MARTÍNEZ RUIZ], “La Sociología criminal”, *Obras completas*, t. I. Aguilar, Madrid, 1959.

- Iñaki BAZÁN DÍAZ, *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*. Gobierno Vasco, Vitoria, 1995.
- Iñaki BAZÁN DÍAZ, “El destierro en el País Vasco (siglos XIV-XVI). La exclusión social a través del sistema penal”, en César González Mínguez *et al.* (eds.), *Marginación y exclusión social en el País Vasco*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999.
- José Luis BERMEJO CABRERO, “Acotaciones a la última fase del proceso recopilador”, *AHDE* 57 (1987).
- José Luis BERMEJO CABRERO, *Estudios de Historia del Derecho y de las Instituciones*. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1989.
- José Luis BERMEJO CABRERO, “El proyectado suplemento a la Nueva Recopilación”, *AHDE* 50 (1980).
- José Luis BERMEJO CABRERO, “Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *AHDE* 66 (1996).
- Agustín BERMÚDEZ AZNAR, *El Corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1348-1474)*. Universidad de Murcia, Murcia, 1974.
- Albert du BOYS, *Historia del Derecho penal de España*. Trad. J. Vicente y Caravantes. José María Pérez, Madrid, 1872.
- Bernardino BRAVO LIRA, “La fortuna del código penal español de 1848”, *AHDE* 74 (2004).
- Emilio CABRERA, “Crimen y castigo en Andalucía durante el siglo XV”, *Meridies. Revista de Historia Medieval* 1 (1994).
- María Luisa CANDAU CHACÓN, *Los delitos y las penas en el mundo eclesiástico sevillano del XVIII*. Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla, 1993.
- Francisco CANDIL JIMÉNEZ, “Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”, *ADPCP* 28.3 (1975).
- Francisco de CÁRDENAS, “Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación suprimida por decreto del Regente del Reino de 1º de Octubre de 1869”, *RGLJ* 38 (1871).
- Carlos CARRETE PARRONDO, “Reflexiones sobre el decreto de expulsión”, en Ricardo Izquierdo Benito *et al.* (eds.), *La expulsión de los judíos de España*. Caja de Castilla-La Mancha/Asociación de Amigos del Museo Sefardí, Toledo, 1993.
- José Ramón CASABÓ RUIZ, “La aplicación del Código penal de 1822”, *ADPCP* 32 (1972).
- José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S.* Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El Proyecto de Código criminal de 1830*. Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*. Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El proyecto de Código criminal de 1834*. Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- José Ramón CASABÓ RUIZ, “Estudio preliminar” a *El Proyecto de Código Penal de 1939*. Universidad de Murcia, Murcia, 1978.

- José Ramón CASABÓ RUIZ, “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, *ADPCP* 22.2 (1969).
- Rafael CASTEJÓN CALDERÓN, “El Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal de 1830”, *RGLJ* 174 (1943).
- José CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- Bartolomé CLAVERO, “La idea de código en la Ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos* 6 (1979).
- Joaquín COSTA, “Ensayo de un plan de Historia del Derecho español en la Antigüedad”, *RGLJ* 68 (1886).
- Joaquín CUELLO CONTRERAS, “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822”, en *ADPCP* 30.1 (1977).
- Luis M. Díez SALAZAR FERNÁNDEZ, “La ‘poena cullei’, una pena romana en Fuenterrabía (Guipúzcoa) en el S. XVI”, *AHDE* 59 (1989).
- Pedro DORADO, *Contribución al estudio de la Historia primitiva de España (el Derecho penal en Iberia)*. Revista de Legislación, Madrid, 1901.
- José Antonio ESCUDERO, *Administración y Estado en la España moderna*. Junta de Castilla y León, Valladolid, 1999.
- Pedro Trinidad FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad: cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*. Alianza Editorial, Madrid, 1991.
- Valentina FERNÁNDEZ VARGAS, “Noticia sobre la situación penal en León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España”, *AHDE* 38 (1968).
- Contardo FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*. “L’erma” di Bretschneider, Roma, 1976.
- Alicia FIESTAS LOZA, “Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho* 2 (1977).
- Alicia FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*. Gráficas Cervantes, Salamanca, 1977.
- Pedro FRAILE, *Un espacio para castigar: la cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal, Barcelona, 1987.
- Enrique GACTO, “Aproximación a la Historia del Derecho penal español”, en Bartolomé Clavero *et al.* (eds.), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*. Giuffrè Editore, Milán, 1990.
- Enrique GACTO, “Aproximación al Derecho penal de la Inquisición”, en José Antonio Escudero (ed.), *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.
- Enrique GACTO FERNÁNDEZ *et al.*, *El Derecho histórico de los pueblos de España*. Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- Enrique GACTO FERNÁNDEZ, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, *AHDE* 41 (1971).
- Enrique GACTO, “Los principios penales de las Partidas”, *Rudimentos Legales* 3 (2002).

- Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *Temas de Historia del Derecho: Derecho del Constitucionalismo y la Codificación. II*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- Alfonso GARCÍA-GALLO, *Estudios de Historia del Derecho privado*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.
- Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español. I. El origen y la evolución del Derecho*. S. e., Madrid, 1982.
- Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media*. Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- Antonio M. GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen de penas y penitencias en el Tribunal de la Inquisición de México*. Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1999.
- Rafael GIBERT, *Historia general del Derecho español*. Realigraf, Madrid, 1971.
- Gutmaro GÓMEZ BRAVO, *Crimen y castigo: cárceles, justicia y violencia en la España del siglo XIX*. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005.
- Julián GÓMEZ DE MAYA, “El Código Penal de don Carlos VII”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 26 (2008).
- Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970.
- Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Gobernación y gobernadores: notas sobre la Administración de Castilla en el período de formación del Estado moderno*. Universidad de Madrid, Madrid, 1974.
- José GONZÁLEZ MIRANDA Y PIZARRO, *Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código vigente*. Hijos de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1907.
- Hilda GRASSOTTI, *La ira regia en León y Castilla*. Instituto de Historia de España, Buenos Aires, 1965.
- Alfonso GUALLART DE VIALA, *El Derecho penal histórico de Aragón*. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1977.
- Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen histórico del Derecho penal*. Antonio Peñuelas, Madrid, 1866.
- Maximiliano HERNÁNDEZ MARCOS, “Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787”, *Res Publica* 22 (2009).
- Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras*. Ministerio de Justicia/CSIC, Madrid, 1948/1955.
- Julián HURTADO DE MOLINA DELGADO, *Delitos y penas en los fueros de Córdoba y Molina*. Universidad de Córdoba/Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos, Córdoba, 2004.
- Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición: la traición regia en León y Castilla*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1971.
- Emilia IÑESTA PASTOR, “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de

- 1848”, en Luis E. González Vales (coord.), *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: actas y estudios*. Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003.
- Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*. Losada, Buenos Aires, 1964.
- Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*. Ariel, Barcelona, 1970.
- Jesús LALINDE ABADÍA, “La pena en la Península Ibérica hasta el siglo XVII”, *RSJB* 56.
- Jesús LALINDE ABADÍA, “Vida forense española (siglos XVIII-XIX)”, *AHDE* 69 (1999).
- Gerardo LANDROVE DÍAZ, “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal”, *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho* 34.3-4 (1975/1976).
- Gerardo LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho Penal español*. Tecnos, Madrid, 1987.
- Gerardo LANDROVE DÍAZ, “Sobre la denominación y naturaleza del Derecho penal”, en vv. aa., *Estudios penales I*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1977.
- Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.
- Abelardo LEVAGGI, “La pena en el Derecho hispano-indiano”, *RSJB* 58.
- José LLORCA ORTEGA, *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- Ángel LÓPEZ-AMO MARÍN, “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, *AHDE* 26 (1956).
- José LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*. Labor, Barcelona/Buenos Aires, 1932.
- Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812: un mecanismo de defensa de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Juan Ignacio MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el Reinado de Isabel II*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
- Guillermo Floris MARGADANT, “La pena en el Derecho indiano”, *RSJB* 58.
- José MARTÍ SORO, “La punición o el derecho represivo en la legislación foral del reino de Valencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 886 (1971).
- José MARTÍ SORO, “Las penas en la legislación foral del reino de Valencia”, en Santiago Bru i Vidal (dir.), *Crónica de la XI Asamblea de cronistas oficiales del Reino de Valencia*. Academia de Cultura Valenciana, Valencia, 1978.
- Alejandro MARTÍNEZ DHIER, “Los gitanos y el principio de igualdad. Rasgos jurídicos históricos”, en aa. vv., *Los derechos humanos*. Universidad de Granada/ Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada, Granada, 2001.
- Alejandro MARTÍNEZ DHIER, “Un tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal de Derecho en España: la figura de Manuel Seijas Lozano, precursor de la codificación penal”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 30 (2008).
- José MARTÍNEZ GIJÓN, “La menor edad en el Derecho penal castellano-leonés anterior a la Codificación”, *RSJB* 38.
- Enrique MARTÍNEZ RUIZ, “La conducción de presos en el reinado de Isabel II”, *Revista*

- de la Universidad Complutense* 28/116. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1958.
- Juan José MARTÍNEZ ZATO, “La codificación penal en España”, *Poder Judicial* nº esp. 12 (1990).
- Aniceto MASFERRER DOMINGO, *La pena de infamia en el Derecho histórico español*. Dykinson, Madrid, 2001.
- Aniceto MASFERRER DOMINGO, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española*. Universidad de Jaén, Jaén, 2003.
- Juan Miguel MENDOZA GARRIDO, *Delicuencia y represión en la Castilla bajomedieval (los territorios castellano-manchegos)*. Grupo Editorial Universitario, Granada, 1999.
- Louis MILLIOT, *Introduction a l'étude du Droit musulman*. Recueil Sirey, París, 1953.
- Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del Derecho español*. Labor, Barcelona, 1943.
- Teodoro MOMMSEN, *El Derecho penal romano*. Trad. Pedro Dorado Montero. La Española Moderna, Madrid, s. a.
- Juan MONEVA Y PUYOL, *Introducción al Derecho hispánico*. Labor, Barcelona, s. a.
- Remedios MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*. Universitat/UNED, Madrid, 2002.
- Manuel MORÁN ORTÍ, *Poder y gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- Javier NISTAL BURÓN, “La nueva medida de ‘libertad vigilada’: problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 793 (2010).
- Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1969.
- José ORLANDIS, “Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE* 18 (1947).
- José ORLANDIS, “Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE* 15 (1944).
- José ORLANDIS, “La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media”, *AHDE* 15 (1944).
- José ORLANDIS, “El reino visigodo. Siglos VI y VII”, en Valentín Vázquez de Prada (dir.), *Historia económica y social de España*. Confederación de Cajas de Ahorro, Madrid, 1973.
- José ORLANDIS, “Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, *AHDE* 16 (1945).
- Álvaro d'ORS, *Estudios visigóticos, II. El Código de Eurico*. CSIC, Roma/Madrid, 1960.
- Pedro ORTEGO GIL, “Los ámbitos temporal y de exclusión territorial del destierro en los siglos XVI-XVIII: la práctica judicial gallega”, *Boletim da Faculdade de Direito* 77 (2001).
- Pedro ORTEGO GIL, “Arbitrio judicial y cláusula de quebrantamiento de pena”, *Initium* 15 (2010).
- Pedro ORTEGO GIL, “La indeterminación temporal de las sentencias castellananas en el

- siglo XVIII: la cláusula de retención en presidio”, *Perspectivas Jurídicas del Estado de México* 1/4 (I/VI-2003).
- Pedro ORTEGO GIL, “De la literatura jurídica al Código penal: causas y circunstancias en el Derecho histórico español”, *Boletim da Faculdade de Direito* 83 (2007).
- Pedro ORTEGO GIL, “La pena de vergüenza pública (siglos XVI-XVIII). Teoría legal castellana y práctica judicial gallega”, *ADPCP* 51 (1998).
- Loubna EL OUAZZANI CHAHDI, “Teoría y práctica del Derecho Penal Andalusi”, *Cuadernos de Historia del Derecho* 10 (2003).
- Antonio PÉREZ MARTÍN, “Fuentes romanas en las Partidas”, *Glossae* 4 (1992).
- Antonio PÉREZ MARTÍN/Johannes-Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Universidad de Valencia, Valencia, 1978.
- Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia del Derecho español. Las fuentes del Derecho*. Dykinson, Madrid, 1994.
- José Manuel PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, *Curso de Historia del Derecho español*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983.
- Mariano PESET REIG/José Luis PESET REIG, “Legislación contra liberales en los comienzos de la década absolutista (1823-1825)”, *AHDE* 37 (1967).
- Carlos PETIT, “Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo”, *RSJB* 56.
- Miguel PINO ABAD, “La aplicación singular de las normas penales a los pobres en Castilla (siglos XIII-XVIII)”, *Rudimentos Legales* 2 (2000).
- Miguel PINO ABAD, “La ineficacia de la represión penal ante la costumbre lúdica”, en Miguel Ángel Chamacho Cantudo (coord.), *Droit et moeurs. Implication et influence des moeurs dans la configuration du droit*. Universidad de Jaén, Jaén, 2011.
- Miguel PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999.
- Miguel PINO ABAD, “La regulación penal de los juegos de suerte, envite o azar en su evolución histórica”, *Rudimentos Legales* 5 (2003).
- Román PIÑA HOMS, *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*. Cort, Palma de Mallorca, 1993.
- Antonio PLANAS ROSSELLÓ, *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*. Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2001.
- Adolfo POSADA, “Orden público”, en *EJE*, t. XXIII.
- Adolfo POSADA, “Ostracismo”, en *EJE*, t. XXIV.
- Román RIAZA, “El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12 (1929).
- Horacio ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*. Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988.
- Roberto ROLDÁN VERDEJO, *Los jueces de la monarquía absoluta*. Universidad de La Laguna, Madrid, 1989.
- Sylvia ROMEU ALFARO, “Consideraciones sobre la ‘desnaturatio’”, *AHDE* 41 (1971).
- Juan del ROSAL, “Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII”, *RGLJ* 173 (1943).

- José Antonio SAINZ CANTERO, “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código penal de 1822”, *ADPCP* 20/1-2 (1967).
- Juan SAINZ GUERRA, *La Administración de justicia en España (1810-1870)*. EUDEMA, Madrid, 1992.
- Juan SAINZ GUERRA, *La evolución del Derecho penal en España*. Universidad de Jaén, Jaén, 2004.
- Juan SAINZ GUERRA, “José María Calatrava o la codificación penal a comienzos del siglo XIX”, en Javier Alvarado Planas/Alfonso Serrano Maillo (eds.), *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*. Dykinson, Madrid, 2007.
- José María SÁNCHEZ BENITO, “Criminalidad en época de los Reyes Católicos. Delincuentes perseguidos por la Hermandad”, en Vicente Ángel Álvarez Palenzuela *et al.* (coords.), *Estudios de Historia medieval en homenaje a Luis Suárez Fernández*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1991.
- Rosa Isabel SÁNCHEZ GÓMEZ, *Delincuencia y seguridad en el Madrid de Carlos II*. Ministerio del Interior, Madrid, 1994.
- María Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*. Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- María Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “La Comisión de Códigos (1843-1846)”, *AHDE* 54 (2004).
- José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Historia del Derecho. I. Instituciones políticas y administrativas*. Dykinson, Madrid, 1995.
- Bernardo SANTALUCIA, *Derecho penal romano*. Trad. Javier Aparicio/Carmen Velasco. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Joseph SCHACHT, *Introduction au droit musulman*. Trad. Paul Kempf/Abdel Magid Turki. Maisonneuve & Larose, París, 1983.
- Manuel SEGURA ORTEGA, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en Gregorio Peces-Barba Martínez/Eusebio Fernández García (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. I. Tránsito a la modernidad (siglos XVI y XVII)*. Dykinson, Madrid, 1998.
- Rafael SERRA RUIZ, “Finalidad de la pena en la legislación de partidas”, *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho* 21/3-4 (1962/1963).
- Henry SUMNER MAINE, *El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas. Parte general*. Trad. n/c. Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893.
- Henry SUMNER MAINE, *El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas. Parte especial*. Trad. A. Guerra. Alfredo Alonso, Madrid, 1893.
- J. A. C. THOMAS, “Desarrollo del Derecho criminal romano”, trad. Jesús Burillo, *AHDE* 32 (1962).
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y constituciones (1808-1978)*. Alianza Editorial, Madrid, 1989.

- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*. Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Tecnos, Madrid, 1969.
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*. Tecnos, Madrid, 1981.
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Los validos en la monarquía española del siglo XVII*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1982.
- Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*. Planeta, Barcelona, 1976.
- Manuel TORRES AGUILAR, “La pena de exilio: sus orígenes en el Derecho romano”, *AHDE* 63/64 (1993/1994).
- Manuel TORRES AGUILAR, “El proceso de la primera codificación penal y la Constitución de Cádiz”, en José Antonio Escudero (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*. Espasa, Madrid, 2011.
- Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- Jesús VALLEJO, “Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro”, *Historia. Instituciones. Documentos* 31 (2004).
- Jacques VANDERLINDEN, “La peine: essai de synthèse générale”, *RSJB* 58.
- Alfonso de VILLADIEGO, *Gothorum Regum Hispaniae, olim Liber Iudicum: hodie Fvero Iuzgo nuncupatus*. Pedro Madrigal, Madrid, 1600.
- Enrique VILLALBA PÉREZ, *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*. Actas, Madrid, 1993.
- VV. AA., *Conflictos y represiones en el Antiguo Régimen*. Universidad de Valencia, Valencia, 2000.
- Laurent WAELKENS, “La peine dans le Droit canonique”, *RSJB* 57.
- Eugenio R. ZAFFARONI, “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”, *ADPCP* 42.2 (1989).

B] Otra bibliografía

- Ignacio ABENIA TAURE, *Memorias sobre el Riff: su conquista y colonización*. Antonio Gallifa, Zaragoza, 1859.
- Narciso ALONSO CORTÉS (ed.), “Introducción” a Esteban Manuel de Villegas, *Eróticas o amatorias*. Espasa-Calpe, Madrid, 1969.
- Narciso ALONSO CORTÉS (ed.), “Prólogo” a Manuel José Quintana, *Poesías*. Espasa-Calpe, Madrid, 1969.
- Carlos ALONSO DEL REAL, *Esperando a los bárbaros*. Espasa-Calpe, Madrid, 1972.
- Manuel ALTOLAGUIRRE, *Obras completas*, t. II. Ed. James Valender. Istmo, Madrid, 1989.
- José AMADOR DE LOS RÍOS, *Historia social, política y religiosa de los judíos de España y Portugal*. Ed. José Gil Dorregaray. Tomás Fortanet, Madrid, 1876.

- Juan José ANDREU OCARIZ, *Luisiana española*. Librería General, Zaragoza, 1975.
- Miguel ARTOLA, *Los afrancesados*. Turner, Madrid, 1976.
- Antonio ASTORGANO ABAJO, *Don Juan Meléndez Valdés, el ilustrado*. Diputación de Badajoz, Badajoz, 2007.
- Jean-René AYMES, *Los españoles en Francia (1808-1814): la deportación bajo el Primer Imperio*. Trad. Araceli Ramos Martín. Siglo Veintiuno de España, Madrid, 1987.
- Pío BAROJA, *Aviraneta, o la vida de un conspirador*. Planeta, Barcelona, 1970.
- José BARÓN FERNÁNDEZ, *José Rizal, médico y patriota filipino*. Manuel L. Morató, s. l., 1980.
- Miguel BATLLORÍ, *La cultura hispano-italiana de los jesuitas expulsos: españoles, hispanoamericanos y filipinos (1767-1814)*. Gredos, Madrid, 1966.
- Haim BEINART, *Los judíos en España*. Mapfre, Madrid, 1992.
- Manuel BENAVIDES/Cristina ROLLÁN (eds.), “Vida y obra”, introducción a Valentín de Foronda, *Los sueños de la razón*. Editora Nacional, Madrid, 1984.
- Benito BERMEJO/Sandra CHECA, *Libro memorial: españoles deportados a los campos nazis (1940-1945)*. Ministerio de Cultura, Madrid, 2006.
- Bernardo BLANCO-GONZÁLEZ, *Del cortesano al discreto: examen de una «decadencia»*. Gredos, Madrid, 1962.
- Pascual BORONAT Y BARRACHINA, *Los moriscos españoles y su expulsión (estudio histórico-crítico)*. Francisco Vives y Mora, Valencia, 1901.
- María Luz CANO MALAGÓN, *Patricio de la Escosura: vida y obra literaria*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988.
- Gonzalo CAPELLÁN DE MIGUEL, *Gumersindo de Azcárate: biografía intelectual*. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2005.
- Julio CARO BAROJA, *Los judíos en la España moderna y contemporánea*. Arión, Madrid, 1962.
- Julio CARO BAROJA, *Los moriscos del reino de Granada*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- Raymond CARR, *España: 1808-1975*. Trad. Juan Ramón Capella et al. RBA, Barcelona, 2005.
- Américo CASTRO, *España en su historia. Cristianos, moros y judíos*. Editorial Crítica, Barcelona, 1983.
- Américo CASTRO/Hugo A. RENNERT, *Vida de Lope de Vega (1562-1635)*. Anaya/Las Américas Publishing Company, Nueva York, 1968.
- Mariano Luis de CASTRO ANTOLÍN, *La población de Santa Isabel en la segunda mitad del siglo XIX*. Asociación Española de Africanistas, Madrid, 1996.
- José Carlos CLEMENTE, *Bases documentales del carlismo y de las guerras civiles de los siglos XIX y XX*. Servicio Histórico Militar, Madrid, 1985.
- Antonio COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, “Actitudes ante la marginación social: malhechores y rufianes en Sevilla”, en *Actas del III Coloquio de Historia medieval andaluza. La sociedad medieval andaluza: grupos no privilegiados*. Diputación Provincial de Jaén, Jaén, 1984.

- Fernando DÍAZ-PLAJA, *Ilustres presos españoles: del Arcipreste de Hita a Miguel Hernández*. Temas de Hoy, Madrid, 1991.
- Lourdes DÍAZ-TRECHUELO, *Filipinas, la gran desconocida (1565-1898)*. Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.
- Teófanos EGIDO/Isidoro PINEDO, *Las causas «gravísimas» y secretas de la expulsión de los jesuitas por Carlos III*. Fundación Universitaria Española, Madrid, 1994.
- María Dolores ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, *España en el Pacífico: la colonia de las islas Carolinas (1885-1899)*. CSIC/Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1992.
- John Huxtable ELLIOTT, *La España imperial (1469-1716)*. Trad. J. Marfany. RBA, Barcelona, 2006.
- Javier ESPIAGO, *Migraciones exteriores*. Salvat, Barcelona, 1982.
- Antonio ESPINA, *Martí*. Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1970.
- Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *La sociedad española en el Siglo de Oro*. Editora Nacional, Madrid, 1983.
- Inmaculada FERNÁNDEZ ARRILLAGA, *El destierro de los jesuitas castellanos (1767-1815)*. Junta de Castilla y León, Salamanca, 2004.
- Eustaquio FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, *Vida del célebre poeta Garcilaso de la Vega*. Viuda de Calero, Madrid, 1850.
- Ángel FERNÁNDEZ DE LOS RÍOS, *Estudio histórico de las luchas políticas en la España del siglo XIX*. English y Gras, Madrid, 1879.
- Antonio FERRER DEL RÍO, “Introducción” al Conde de Floridablanca, *Obras originales y escritos referentes a su persona*. Atlas, Madrid, 1952.
- Carlos FLEITAS ALONSO, *Guinea: episodios de la vida colonial*. Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1989.
- Francisco José FLORES ARROYUELO, *Los últimos moriscos (Valle de Ricote, 1614)*. Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1989.
- Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. Siglo XXI de España, Madrid, 2005.
- Juan GARCÍA ABELLÁN, *La otra Murcia del siglo XVIII*. Academia Alfonso X el Sabio, Murcia, 1981.
- Antonio GARCÍA Y BELLIDO, *España y los españoles hace dos mil años según la “Geografía” de Strábon*. Espasa-Calpe, Madrid, 1968.
- Ramón de GARCIASOL, *Quevedo*. Espasa-Calpe, Madrid, 1976.
- Vicente GARMENDIA, *La Segunda Guerra Carlista (1872-1876)*. Siglo XXI de España, Madrid, 1976.
- Fernando GARRIDO Y TORTOSA, *La España contemporánea. Sus progresos morales y materiales en el siglo XIX*. Ugoiti, Pamplona, 2009.
- Jacques GERNET, *El mundo chino*. Trad. Dolors Folch. Editorial Crítica, Barcelona, 1991.
- Jacques LE GOFF (ed.), *El hombre medieval*. Trad. Julio Martínez Mesanza. Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- Manuel GÓMEZ-MORENO, *La novela de España*. Júcar, Madrid, 1974.

- Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, “La emigración política y la oposición violenta a la monarquía restaurada (1879-1931)”, *Hispania*, 62.2.211 (V/VIII-2002).
- Richard HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*. Trad. Elena Fernández Mel. Aguilar, Jerez de la Frontera, 1964.
- Fernando de HERRERA, *Anotaciones a la poesía de Garcilaso*. Cátedra, Madrid, 2001.
- Paul E. HOFFMAN, *Luisiana*. Trad. Eliézer Gutman. Mapfre, Madrid, 1992.
- Geneviève HUSSON/Dominique VALBELLE, *Instituciones de Egipto: de los primeros faraones a los emperadores romanos*. Trad. Maribel García Sánchez. Cátedra, Madrid, 1998.
- Gabriel JACKSON, *La República española y la guerra civil*. Trad. Enrique Obregón. RBA, Barcelona, 2005.
- Pablo JAURALDE POU, *Francisco de Quevedo (1580-1645)*. Castalia, Madrid, 1999.
- Amancio LANDÍN CARRASCO, *Islario español del Pacífico: identificación de los descubrimientos en el Mar del Sur*. Cultura Hispánica/Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984.
- Bernard LEBLON, *Los gitanos en España: el precio y el valor de la diferencia*. Trad. Irene Agoff. Gedisa, Barcelona, 1987.
- José Luis LEÓN ROCA, *Vicente Blasco Ibáñez*. Prometeo, Valencia, 1967.
- Carmen LÓPEZ ALONSO, *La pobreza en la España medieval: estudio histórico-social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.
- Miguel LÓPEZ CORRAL, *La Guardia Civil: nacimiento y consolidación, 1844-1874*. Actas/Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- Diego LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*. Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- Francisco LUQUE DE LA PEÑA, *Cárceles y presidios del mundo: España*. Maxtor, Valladolid, 2003 (facsimil de la edición de la Viuda de Pedro Font, Barcelona, s. a.).
- Vicente LLORENS, *Liberales y románticos: una emigración española en Inglaterra (1823-1834)*. Castalia, Valencia, 1979.
- Jorge MAÑACH, *Martí, el apóstol*. Espasa-Calpe, Madrid, 1975.
- Gregorio MARAÑÓN, “El Conde-Duque de Olivares (la pasión de mandar)”, *Obras completas*, t. V. Espasa-Calpe, Madrid, 1976.
- Gregorio MARAÑÓN, *Españoles fuera de España*. Espasa-Calpe, Madrid, 1961.
- Robert MARRAST, *José de Espronceda y su tiempo: Literatura, sociedad y política en tiempos del Romanticismo*. Trad. Laura Roca. Editorial Crítica, Barcelona, 1989.
- Marcelino MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles, V: regalismo y enciclopedia*. Ed. Enrique Sánchez Reyes. CSIC, Madrid, 1963.
- Jóse María MILLÁS VALLICROSA, *Literatura hebraicoespañola*. Labor, Barcelona, 1968.
- Emilio MITRE FERNÁNDEZ, *Fronterizos de Clío (marginados, disidentes y desplazados en la Edad Media)*. Universidad de Granada, Granada, 2003.
- Antonio M. MOLINA, *Historia de Filipinas*. Cultura Hispánica, Madrid, 1984.
- Antonio M. MOLINA, *Yo, José Rizal*. Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1998.

- Antonio MORALES VILLANUEVA, “Orden y seguridad pública (1800-1844)”, en vv. aa., *España en la época de la fundación de la Guardia Civil*. Ministerio del Interior, Madrid, 1994.
- Jordi NADAL, *La población española (siglos XVI a XX)*. Ariel, Barcelona, 1988.
- Martín NAVARRO, *Vida y obra de don Francisco Giner de los Ríos*. Orión, Méjico, 1945.
- Luis NAVARRO GARCÍA, *Don José de Gálvez y la Comandancia General de las Provincias Internas del Norte de Nueva España*. Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Sevilla, 1964.
- Nicolás Salmerón: *retrato familiar*. Zéjel, Almería, 1988.
- Eloy MARTÍN CORRALES, “El Protectorado español en Marruecos (1912-1956): una perspectiva histórica”, en Joan Nogué/José Luis Villanova (eds.), *España en Marruecos*. Milenio, Lérida, 1999.
- Rafael OLAECHEA/José Antonio FERRER BENIMELI, *El Conde Aranda: mito y realidad de un político aragonés*. Diputación Provincial de Huesca/Ibercaja, Zaragoza, 1998.
- Alfredo OPISSO, *Historia de España y de las repúblicas latino-americanas*. Gallach, Barcelona, s. a.
- Román OYARZUN, *Historia del carlismo*. Alianza Editorial, Madrid, 1969.
- Emilio LA PARRA LÓPEZ, *Los Cien Mil Hijos de San Luis: el ocaso del primer impulso liberal en España*. Síntesis, Madrid, 2007.
- Manuel PENEDO REY (ed.), “Introducción” a Tirso de Molina, *Historia general de la Orden de Nuestra Señora de las Mercedes*. Provincia de la Merced de Castilla, Madrid, 1973.
- María Rosa PÉREZ ESTÉVEZ, “Delincuencia en la España del siglo XVIII: los presidiarios de Marina”, *Cuadernos de Investigación Histórica* 3 (1979).
- María Rosa PÉREZ ESTÉVEZ, *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII*. Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1976.
- Fernán PÉREZ DE GUZMÁN, *Generaciones y semblanzas*. Ed. J. Domínguez Bordona. Espasa-Calpe, Madrid, 1979.
- Juan Antonio PÉREZ MATEOS, *Los confinados: relato vivo de los desterrados*. Plaza & Janés, Barcelona, 1976.
- PLUTARCO, *Vidas paralelas*. Ed. José Alsina, trad. Antonio Ranz Romanillos. Planeta, Barcelona, 1990/1991.
- Juan Bautista POMAR, “Relación de Tezcoco”, en vv. aa., *Relaciones de la Nueva España*. Ed. Germán Vázquez Chamorro. Historia 16, Madrid, 1991.
- Artemio PRECIOSO, *Españoles en el destierro*. Vulcano, Madrid, 1930.
- Fernando del PULGAR, *Claros varones de Castilla*. Espasa-Calpe Argentina, Buenos Aires, 1948.
- Juan REGLÁ, *Estudios sobre los moriscos*. Universidad de Valencia, Valencia, 1971.
- Ernesto RENÁN, *Averroes y el averroísmo (ensayo histórico)*. Francisco Sempere y Compañía, Valencia/Madrid, s. a.
- Mateo RÍOS, *La España ignorada*. Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1959.

- Daniel RIVADULLA BARRIENTOS *et al.*, *El exilio español en América en el siglo XIX*. Mapfre, Madrid, 1992.
- Antonio RIVERA GARCÍA, *Reacción y revolución en la España liberal*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.
- Julio ROMANO, *Pedro Antonio de Alarcón, el novelista romántico*. Espasa-Calpe, Madrid, 1933.
- Juan Manuel ROZAS (ed.), “Introducción” a Conde de Villamediana, *Obras*. Castalia, Madrid, 1969.
- Ramón RUIZ AMADO, “La epopeya de Cristo”, introducción a Diego de Hojeda, *La Cristiada*. Editorial Librería Religiosa, Barcelona, 1931.
- José Antonio SACO, *Historia de la esclavitud*. Ed. A. Garzón del Camino. Júcar, Madrid, 1974.
- Ramón SALAS LARRAZÁBAL, *El Protectorado de España en Marruecos*. Mapfre, Madrid, 1992.
- Emilio SALCEDO, *Vida de don Miguel*. Anaya, Salamanca, 1964.
- María Helena SÁNCHEZ, *Los gitanos españoles*. Castellote, Madrid, 1977.
- Rafael SÁNCHEZ MANTERO, *Los Cien Mil Hijos de San Luis y las relaciones franco-españolas*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.
- Pura SANFELIÚ, *Plumas al viento*. Zotrans, Barcelona, 1976.
- Helena SAÑA, *Historia y conflicto*. Organización Sala Editorial, Madrid, 1976.
- Eloy SEÑÁN Y ALONSO, D. *Diego Hurtado de Mendoza: apuntes biográfico-críticos*. Imprenta de El Guadalete, Jerez, 1886.
- Consuelo SOLDEVILLA ORIA, *El exilio español (1808-1975)*. Arco Libros, Madrid, 2001.
- Graciela SORIANO (selecc.), “Introducción” a Simón Bolívar, *Escritos políticos*. Alianza Editorial, Madrid, 1969.
- Luis de SOSA, *Martínez de la Rosa, político y poeta*. Espasa-Calpe, Bilbao, 1930.
- Cornelio TÁCITO, *Anales*. Trad. José L. Moralejo. Gredos, Madrid, 1986.
- Manfred TIETZ (ed.), *Los jesuitas españoles expulsos*. Instituto Ibero-Americano/Veruert Verlag, Madrid/Fráncfort del Meno, 2001.
- Javier VARELA, *Jovellanos*. Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- Antonio VESPERTINO RODRÍGUEZ, “Literatura aljamiado-morisca, literatura tradicional islámica”, en Rosa María Ruiz Moreno (ed.), *Literatura tradicional árabe y española*. Universidad de Jaén, Jaén, 1999.
- Juan Bautista VILAR, *La España del exilio: las emigraciones políticas españolas en los siglos XIX y XX*. Síntesis, Madrid, 2006.
- Jorge VILCHES, *Liberales de 1808*. Fundación FAES, Madrid, 2008.
- Pedro VOLTES, *Sor Patrocinio, la monja prodigiosa*. Planeta, Barcelona, 1994.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>

17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>