

## La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)

PEDRO ORTEGO GIL

Catedrático de Historia del Derecho

Es bien conocido el texto de Digesto 48, 19, 8, 9 en virtud del cual «*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*», cuya proyección en el Derecho laico a lo largo de los siglos fue generalmente aceptada. No obstante, el Derecho canónico comenzó a admitir como una verdadera punición el encarcelamiento. La recepción del Derecho común permitió que, en determinados delitos, la prisión se estableciera como pena en las leyes de los derechos propios de los diferentes reinos y coronas, sin abandonar su consideración como lugar de retención.

No es mi propósito incidir en la situación carcelaria durante la Edad Moderna, ni en los padecimientos de aquellos contra quienes se iniciaba una causa judicial y que, de acuerdo con las normas procesales vigentes, eran inmediatamente enviados a prisión, ni en la lamentable situación de los allí encerrados, ni en las conocidas calamidades de los reos o los abusos de los carceleros, asuntos todos ellos sobre los que existe abundante bibliografía (1). Trato de acercarme, pues, a

---

(1) Con respecto a su evolución en España desde una perspectiva genérica, H. ROLDÁN BARBERO, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988. P. Fraile, *Un espacio para castigar: la cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona, 1987. P. TRINIDAD FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad: cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XIX)*, Madrid, 1991. Son fundamentales para su comprensión jurídica y social los trabajos de C. GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975; *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1997; *Derecho penitenciario (escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989; y *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Madrid, 1991. C. GARCÍA VALDÉS (dir.), *Historia de la prisión. Teorías eco-*

la posible valoración de dicha estancia y sus consiguientes sufrimientos en la fijación de la pena, es decir, profundizar en el estudio de sus efectos estrictamente jurídicos. El interés se centra en determinar si los jueces de cualquier instancia contaban con argumentos basados en Derecho para, en uso a su reconocido arbitrio, rebajar las penas que correspondieran al acusado y debieran imponerse en el caso concreto que se estuviera enjuiciando. Cuestión que enlaza con la consideración de la cárcel como pena –para lo que aquí interesa, como parte de la pena– y, en definitiva, con el grado de arbitrio judicial de aquellos siglos, sin el cual no puede entenderse la historia de la administración de justicia.

Diversas normas de recogidas en la obra justiniana admitieron la posibilidad de computar la estancia en la cárcel a efectos de fijar en la sentencia el castigo que habría de inflingirse a cada reo. Esta idea se recogió en Digesto 48, 19, 25, pr., donde se plasma la afirmación de Modestino: «*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit: sic etiam constitutum est non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt*». En consecuencia y sin entrar a valorar la antigüedad de la comisión del hecho delictivo –que también tuvo la consideración de causa para reducir la pena–, quienes hubieran estado durante un largo período en la condición de reos, deberían ver reducida su pena, la pena ordinaria, la pena de la ley.

En términos similares y completando la posible computación de la pena de cárcel a efectos de decretar la definitiva que correspondiera a cada reo, se encuentra otra referencia imprescindible, plasmada en

---

*nomicistas. Crítica*, Madrid, 1997. Para la Edad Moderna y sin ánimo de ser exhaustivo, A. BERMÚDEZ AZNAR, «El carácter preventivo de la prisión en el Derecho indiano», en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997, pp. 243-260. F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1992, pp. 387-390, y «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones», en *Historia 16*, extra 7 (1978), pp. 69-88. E. GACTO FERNÁNDEZ, «La vida en las cárceles españolas de la época de los Austrias», en *Historia 16*, extra 7 (1978), pp. 11-46, acercamiento a diferentes aspectos de las cárceles sobre apoyos, fundamentalmente, literarios. I. BARBEITO, *Cárceles y mujeres en el siglo XVI*, Madrid, 1991. A. FIESTAS LOZA, «Las cárceles de mujeres», en *Historia 16*, extra 7 (1978), pp. 89-100. J. L. HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pp. 265-290, y «El sistema carcelario de los Austrias en la Corona de Castilla», en *Studia Historica VI* (1988), pp. 523-559. E. VILLALBA PÉREZ, *La administración de la justicia penal*, Madrid, 1993, pp. 210-222, con referencia a las cárceles de Madrid durante el siglo XVII. J. L. BERMEJO CABRERO, «Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen», en *AHDE 56* (1986), pp. 683-727.

Codex 9, 47, 23: «*Omnes, quos damnationis conditio diversis exiliis destinatos metas temporis praestituti in carceris implere custodia deprehendit, solutos poena vinculisque laxatos custodia liberari praecipimus nec formidare miserias ulla exilii. Sit satis immensorum cruciatuum semel luisse supplicia, ne, qui diu privati sunt aerae communis haustu et lucis adspectu non intra breve spatium, catenarum ponderibus praegravati, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*».

Los textos romanos recogieron los principios que serían clave para entender las concepciones que tuvieron los juristas modernos sobre el tiempo de encierro en prisión, a efectos de su valoración para mitigar las penas. Sin entrar en apreciaciones que ya he dejado plasmadas en otro lugar (2), conviene adelantar que la estancia en la cárcel durante la Edad Moderna fue considerada, desde la jurisprudencia doctrinal y práctica, como una de las causas que, si bien eran ajenas al hecho delictivo en sí, permitían mitigar la pena ordinaria/legal que correspondía al reo por el delito cometido. En otras palabras, se tiene presente en la fijación de la pena del reo en virtud de una situación posterior al delito pero que, por sus repercusiones en su persona o sus bienes, provoca en él padecimientos que los juzgadores toman en consideración, siempre para disminuir o moderar la pena.

Las declaraciones legales de los textos romanos fueron interpretadas y matizadas a lo largo de los siglos, lo que permitió un importante desarrollo teórico y práctico sobre la prisión. En este sentido, Bonifacio García en la versión latina de la *Peregrina* de Gonzalo González de Bustamante manifestaba «*quod quando punitio delicti non spectat aliam poenam a lege vel homine imponendam tunc incarceration ordinata a lege datur ad poenam... sed quando incarceration aliam poenam spectat tunc in dubio incarceratione sit ad custodiam*» (3). Texto que fue reproducido por otros juristas, como Castillo de Bovadilla, en los siguientes términos: «*quod ubi lex non imponit nisi poenam carceris, tunc carcer est ad poenam; sed si ultra carcerem, aliam poenam imponit, tunc carcer est ad custodiam. Sed tamen recentiores carcerem pro poena dari in simul cum alio supplicio ajunt*» (4).

(2) P. ORTEGO GIL, «*El Fiscal de S.M. pide se supla a mayores penas. Defensa de la justicia y arbitrio judicial*», en *Initium* 5 (2000), pp. 239-354.

(3) *Peregrina, sive Repertorium iuris*, Hispalis, 1498, tomo II, fol. 348, col. 3, glosa *Carcer*. Esta formulación encuentra su antecedente más inmediato en las posturas de Baldo y Saliceto. Cfr. N. SARTI, «*Appunti su carcere-custodia e carcere-pena nella dottrina civilistica dei secoli XII-XVI*», en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 53-54 (1980-1981), pp. 67-110, en concreto pp. 90-92.

(4) Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid 1597. Utilizo la edición de Madrid, 1704 (ed. facsímil Madrid, 1978), Lib. III, cap. XV, p. 322, nota.

Cabe recordar que, desde la época de los comentaristas, se comenzaron a delimitar tres categorías de cárcel: *ad solam custodiam delinquentis*, la más aceptada sin discusión alguna por su sustancial vinculación a cualquier proceso criminal; en segundo lugar, «*ad afflictionem corporis, ut quia iudex intendit sola carceris poena punire delictum, et tunc dari potest asperior, iuxta excessus mensura, personaeque qualitatem*»; y, por último, la cárcel «*in poenam criminis per sententiam assignandus est, et tunc dandus erit eo modo, quo inducat poenam condignam delicto*» (5). Pero con relación a esta última, inmeditamente reconocía un procesalista canónico la diferencia entre el Derecho romano, por extensión el real, y el canónico, puesto que «*de iure civili et regio carcer non detur ad poenam, sed ad custodiam; tamen de iure canonico carcer ad poenam datur*» (6).

Por su parte, Tiraquelo dedicaba la causa cuarenta y una de su *De poenis temperandis* a la clemencia que debería tenerse con quien hubiera estado encarcelado durante mucho tiempo. En su opinión, «*cum quis diutius in carcere detentus est, clementius quoque est puniendus, ita videlicet ut a poena, quam pati debuisset, detrahatur, quod diuturnum carcerem passus est*». Del mismo modo, se remitía a la ley *Omnes* para sostener que el tiempo de estancia en prisión debería computarse sobre el tiempo de exilio. La justificación era evidente, puesto que «*sit satis immensorum cruciaruum semel luisse supplicia, ne hi qui diu privati sunt aurae communis haustu, et lucis aspectu, non intra breve spatium catenarum ponderibus praegravari, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*». Además, «*cui diutinus carcer domus fuit poenam omnium miserrima, atque molestissima, ut quae nobis rem auferat omnium contra gravissimam, atque pretiosissimam libertatem dico, rem inaestimabilem*», ya que en definitiva «*est enim carcer genus servitutis*». No obstante, el jurista italiano dejaba claro que la literalidad de Codex 9, 47, 23 tan sólo declaraba su aplicación a efectos de computación del tiempo de exilio exclusivamente. Pero a continuación se interrogaba y respondía de forma tajante: «*et in caeteris poenis, nam cum poena carceris poenam exilii minuat, cur*

---

(5) Así lo recoge, entre otros muchos, Bernardo DÍAZ DE LUGO, *Practica criminalis canonica, in qua omnia fere flagitia quae a clericis committi possunt, cum eorum poenis describuntur*, Lugduni, 1561, cap. 116, pp. 256-258.

(6) Introduce este matiz, tras repetir las palabras del anterior, Gonzalo SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis, cum actionum formulis et actis processum hispano*, Salmaticae, 1583. Manejo la edición de Lugduni, 1739, tomo II, part. 4, cap. único, núm. 7, p. 304.

*non et caeteras minuet? Et cum eadem sit ratio, idem quoque ius constituendum est»* (7).

Desde un ángulo diferente, Antonio Gómez al manifestarse sobre la posibilidad de computar, o no, el tiempo de estancia en la cárcel, parece decantarse por la opinión negativa a tal valoración, puesto que en el destierro temporal no se incluía el tiempo que el reo hubiera estado en prisión (8). De ahí que defendiera que la computación de ley *Omnes* debía entenderse «*quando talis delinquentis stetit in carcere post sententiam et condemnationem*», pues en definitiva la cárcel no fue inventada para castigo de los reos sino para su seguridad (9).

La consideración del tiempo transcurrido entre el encarcelamiento y el momento de dictarse sentencia como causa para reducir la pena fue sostenida por Antonio de la Peña: «*es justa causa para disminuir la pena, si el delincuente hubiere estado mucho tiempo preso en la cárcel*» (10). Con posterioridad, sin embargo, se decanta por defender el criterio tradicional sobre la estancia en prisión, «*pues la cárcel no se hizo para pena sino para custodia y guarda de los presos*» (11).

Uno de los autores más clásicos en estas materias, Tomás Cerdán de Tallada, a pesar de su oposición al arbitrio judicial, admite la valoración del tiempo de estancia en la cárcel para la determinación del alcance de la pena, al tomar como argumentos en la defensa de

(7) Cito por Andrea TIRAQUELO, *Tractatus varii*, Lugduni, 1581, *De poenis temperandis aut remittendis*, causa 41, p. 403. El apoyo normativo lo encontraba en Digesto 9, 2, 32, pr.

(8) Antonio GÓMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii*, Venetiis, 1535. Cito por *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, Madrid, 1794, tomo III, cap. 9, p. 213, sobre la necesidad de concluir las causas en dos años. También debe consultarse *Variae*, III, cap. 1, núm. 3, donde recoge la idea de que «*carceris tempus conveniri debet delicto*», aunque referido fundamentalmente a la blasfemia, cuya punición en ciertos casos era la prisión.

(9) GÓMEZ, *Variae*, III, cap. 8, núm. 2, p. 204, y cap. 9, p. 212.

(10) *Tratado muy provechoso, útil y necesario de los jueces y orden de los juicios y penas criminales*, texto inserto en M. LÓPEZ-REY ARROJO, *Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña*, Madrid, 1935, p. 67: «*y también cuando por estar encarcelado y tomado del vino hiciere algún delito, será causa justa para disminuirle la pena, de manera que si el tal dijese mal de la majestad real, no se le dará tan gran castigo como se le daría a otro, porque esta ajeno de todo sentido*». Con respecto a la blasfemia y su pena de cárcel, también manifestaría que «*estos días de cárcel corren y se cuentan al delincuente desde el día que por este delito esté preso en la cárcel y estuvo antes de la sentencia y así es la costumbre y lo he visto guardar y sentenciar*» (*ibid.*, p. 112).

(11) PEÑA, *Tratado*, p. 170.

esta opinión los textos de la Compilación Justiniana transcritos, es decir, en la equidad escrita: «*Quando un hombre ha estado preso por algun tiempo, comunmente se le toma en cuenta de parte de la pena la prision, segun sentencia del Iurisconsulto Modestino, confirmada despues por los Emperadores Honorio, y Theodosio*» (12). Reténgase la expresión de darse la cárcel por parte de la pena –antes de dictarse sentencia– porque nos ayudará a comprender la actuación de algunos juzgadores, y la veremos repetida en las obras de otros importantes juristas. Su argumentación es esclarecedora: «*que el lugar de carcel que para los que no tuviessen culpa, seria para tenelles lastima; para los delinquentes no seria harto grave: pues que a los tales que huvieran cometido graves y enormes delictos, la carcel se la da casi por pena antes del supplicio. La qual carcel penosa deven padecer, antes que les sea dada la pena que merecieren por sentencia. Y aunque la Glosa declare la palabra “poenam pro custodiam”, esta declarada en su propia significacion por Constantino, darse por pena antes de sentencia, por la graveza del delicto: haziendo en esto el buen arbitrio del Iuez su devido officio, considerando la qualidad de las personas, y del delicto, y la innocencia, o culpa del delinquente*» (13).

En sus comentarios a la Nueva Recopilación, Alfonso de Acevedo entendía que la cárcel tenía la doble condición de lugar de pena y custodia (14), si bien reconocerá expresamente que «*quotidieque in sententiis videmus quod carcer imponitur in partem poenae, et sic apud Persas, apud Syracusas, apud Messenios, et apud Romanos observa-*

---

(12) *Visita de la carcel y de los presos, en la qual se tratan largamente sus cosas y casos de prision... según el Derecho Divino, Natural, Canonico, Civil y leyes de Partida, y Fueros de Aragón y Valencia*, Valencia, 1574, pp. 33-34. En p. 222 pondrá de relieve cómo los presos, con sólo decir que el delito era grave, pasaban meses y aun años en la cárcel antes de que se sentenciara su causa, «*lo que no se deve hazer, pues todas las cosas de justicia tienen sus limites, y terminos establecidos para la buena expedicion de la justicia*».

(13) CERDÁN, *Visita de la carcel*, p. 51. Sobre su naturaleza como lugar de custodia o de pena y las clases que determinaron otros juristas, además de su propia y detallada clasificación, capítulos III y IV de la *Visita*, pp. 31-44.

(14) «*Ibi. Esté medio año en la cadena. Hic est text. probans, quod carcer etiam datur pro poena, sicut pro custodiā*», en Alfonso ACEVEDO, *Commentariorum iuris civilis Hispaniae regis Constitutiones*, Salmanticae, 1583. Cito por la de Antepurniae, 1618, tomo 5, p. 380. No obstante, en *Commentariorum*, 1, p. 209 (ed. 1737), después de emitirse a FRANCISCO DE AVILÉS, afirmaba que «*super his verbis declarare conatur, num ad custodiam, vel ad poenam carcer sit factus. In quo sufficit scire iure civili ad custodiam, solum iure vero canonico, ad custodiam et ad poenam esse carcerem introductum, et hodie iure Regio tam ad custodiam quam poenam, prout iure canonico determinatum erat, imponi carcerem*».

*tum aliquando fuit, ut loco capitalis poenae in teterrimum carcerem coniceretur reus»* (15). De nuevo se vuelve a mencionar la idea de darse como parte de la pena la que hoy llamamos prisión preventiva.

El corregidor Castillo de Bovadilla desde diferentes ángulos admite que si bien la cárcel es tanto para custodia como para pena, de igual manera reconoce que la práctica judicial tiende a sopesar «*la larga prison, que se le da por parte de pena»* para no acrecentar los castigos con largos padecimientos (16). Es significativa su tajante afirmación según la cual en el castigo final establecido en la sentencia se computaba la estancia en la cárcel como una parte del mismo. Mucho más concluyente y expresiva es la mención que hace a la interpretación de la ley romana y a la práctica judicial castellana: «*Según lo cual se ha de entender una Ley del Jurisconsulto Modestino, que dispone, que al que ha estado mucho tiempo preso, se le modere la condenación, por la pena padecida en la prisión, según Budeo, Alciato y otros, contra Acursio allí, y así se practica; y se dice algunas veces en las Sentencias: Atenta la larga prisión, que se le da por parte de pena»* (17).

Pérez de Salamanca entendía, desde una perspectiva diferente, que si bien por Derecho del reino se imponía como pena, esto era de ordinario contrario al Derecho (romano), puesto que su fin era servir de custodia (18). Admitía, sin embargo, la necesidad de su valoración desde una triple proyección: «*Item quando post commissum delictum esset lapsum longum tempus, poena corporalis moderanda est, l. si diutino, ff. de poen. ubi gloss. Dicit idem esse, quando aliquis stetit pro crimine diu incarceratus... Igitur si fuit in carcere per duos annos, liberandus erit, maxime cum delictum non fuerit probatum, cessante omni collusione»* (19). De manera que pueden advertirse tres situaciones

---

(15) ACEVEDO, *Commentariorum*, I, p. 209.

(16) CASTILLO, *Política de corregidores*, Lib. III, 25, p. 268. Su planteamiento es pragmático: «*Por leyes Reales tenemos casos donde se puede y debe dar por pena como es en caso de blasfemia, y de juego, y de resistencia, o injuria hecha a la justicia... y Baldo en otro lugar resuelve, que la carcel es para muchos efectos... y finalmente el dia de oy la carcel es tanto para pena, como para guarda de presos»*.

(17) CASTILLO, *Política de corregidores*, Lib. III, 25, p. 268.

(18) Diego PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in Ordinationes Regias Castellae, Salmanticae*, 1574. He consultado la edición de Salmanticae, 1609, tomo III, p. 262, glosa ley 5, tit. 12, lib. 8: «*En la cadena. Nota hic secundum ius regni carcerem poenam esse. Quod regulariter est contrarium de iure nam ad custodiam deputatur»*.

(19) PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in Ordinationes Regias*, I, p. 445, glosa al título 1 del libro 4 Ordenamiento. *Las Siete partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez*, Salamanca, 1555 (ed. facsímil Madrid, 1974) 7, 29, 7: «*Mandamos que ningun pleyto criminal non pueda durar mas de dos años»*.

diferentes que podrían, incluso, confluír: que hubiera transcurrido mucho tiempo desde la comisión del hecho delictivo; que el reo hubiera pasado mucho tiempo encarcelado; y, en tercer lugar, que llevara dos años en la cárcel y, especialmente, cuando el delito no se hubiera probado. En los dos primeros supuestos se debía moderar la pena corporal y en el tercero liberar al preso.

Como vamos comprobando, la cárcel, desde una proyección comúnmente aceptada, no tenía la consideración de pena –salvo supuestos normativos muy concretos (20)–, pero la larga estancia en ella permitía disminuir las penas ordinarias, debido a los sufrimientos y padecimientos soportados por los presos (21).

Parecidos términos son los empleados años después por Villadiego, quien sostuvo de forma clara, a tenor de algunas leyes recopiladas en connivencia con la corriente doctrinal y la práctica judicial, que «*la Carcel no se invento para pena de los delitos, sino para guarda de los presos*», si bien inmediatamente después matiza lo que sucedía en el ambiente del Derecho criminal de comienzos del siglo XVII: «*ya oy es tanto la Carcel para pena, como para guarda de los presos*» (22).

La cuestión que vengo tratando enlaza con otra complementaria y no del todo pacífica: la equiparación entre la antigüedad de la comisión del delito y el tiempo de encarcelamiento del reo hasta dictarse el fallo judicial. En otras palabras, la posibilidad de que la antigüedad del delito

(20) Armas (Pragmática de 1564 y 1713, Nov. Rec. 12, 19, 3 y 11), bailes de máscaras (Real Cédula de 1745 = Nov. Rec. 12, 13, 3), blasfemia (Pragmáticas de 1492, 1502 y 1639 = Nov. Rec. 12, 5, 4 y 8), caza y pesca vedadas (Ordenamiento de Alcalá), armas blancas (Pragmática de 1564 = Nov. Rec. 12, 19, 3), injurias de obra de criados a sus amos (Pragmática de 1565 = Nov. Rec. 12, 25, 5), juegos prohibidos (Ordenamiento de Alcalá, 31, 1. Pragmáticas de 1567 y 1575 = N. R. 8, 7, 2 y 13), juramento en vano (Pragmática de 1639. Novísima, 12, 5, 8) o vagancia en la Corte (Cortes de Madrid de 1528 = N.R. 8, 11, 3).

(21) Acerca de la utilización de la cárcel como medio expeditivo por parte de los juzgadores y, en no pocas ocasiones, como tormento, M.<sup>a</sup> P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1982, pp. 196-203. Con mayor amplitud, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel Diritto comune*, Milán, 1953-1954.

(22) Alonso de VILLADIEGO DE VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1612. Cito por la edición de Madrid, 1747, p. 201, «*mas con todo en algunos se puede, y debe dar por pena al delincente, como en caso de blasfemia, y de juego, y de resistencia, o injuria hecha a la Justicia: y quando al Carcelero se le fuesse el presso en caso de levissima culpa, y en otros casos, y aun ya oy es tanto la Carcel para pena, como para guarda de los presos; pero no por esto debe ser muy estrecha, ni rigurosa, ni privada de luz, o fetida*». Con posterioridad mantendría que «*los mancebos traviessos, y los esclavos por los delitos menores deben ser castigados con prision rigurosa de breve tiempo, y con destierro, porque pena de dinero no la tienen, como sus padres, y ambos la pagan, y la prision es buena medicina para curar traviessos*», en p. 253.



también actuara como causa mitigadora de la pena, con independencia de que el acusado hubiera padecido los sufrimientos de la prisión. Así hubo juristas que se decantaron por valorar el lapsus transcurrido entre la comisión y el inicio del proceso, en los mismos términos que si el acusado hubiera estado encarcelado, entendiéndose que debía castigarse con menor pena un delito antiguo que uno reciente (23). En este sentido Antonio Gómez manifestó que bastaba el transcurso o intervalo temporal que mediaba entre la comisión efectiva del delito y el momento de incoarse la causa, de modo que debía computarse para minorar la pena ordinaria, al afirmar que *«temporis diuturnitatem post delictum commissum, esse causam minuendi poenam, praeterquam si delictum sit reiterabile, vel si delinquens fuit accusatus post delictum commissum»* (24). En términos similares se manifestó Francisco de Avilés, al equiparar el tratamiento jurídico de las dos situaciones que abordamos: *«quoque tenet, quod causa sublevandi poenam, et mitius puniendi est, si post delictum commissum stetit multum tempus in carcere; vel si commisit delictum, et iam est multum tempus elapsum, quia mitius debet puniri, quam si delictum esset recens. Nam ibi non ex delicti frequentia excusatur, sed carceris et accusationis longinquitate revelatur»* (25).

De acuerdo con la opinión de Antonio de la Peña, cuando hubiera transcurrido mucho tiempo –sin llegar a la prescripción– desde que se cometió el delito hasta que se hubiera acusado o iniciado el proceso contra el delincuente, se le juzgaría más benignamente y se le impondría menor pena *«que si fuese el delito recién cometido»* (26). Opta por que se imponga una sanción inferior, pero no por la remisión total. También se mostraba favorable a esta interpretación Villadiego, para quien, entre las causas por virtud de las cuales podía verse favorecido el acusado de un delito con el fin de ver reducida la pena legal u ordinaria, se encontraba el transcurso de tiempo entre la comisión del hecho delictivo y el momento de presentarse la acusación, siempre que no

---

(23) Incluso TIRAQUELO, *De poenis temperandis*, causa 29, p. 382, donde recoge que el transcurso del tiempo, que sitúa de ordinario en tres años, entre la comisión del delito y la condena, permitía moderar la pena cuando el autor hubiera demostrado que se había corregido: *«quae causa cum cesset, utpote cum iste satis (ut iam diximus) videatur emendatus, consequens est, ut aut nullo modo, aut certe mitius si puniendus»*.

(24) GÓMEZ, *Variae*, III, cap. 1, pp. 6-7. En las *Additiones* al cap. 1, p. 57.

(25) *Nova diligens ac per utilis expositio capitum, seu legum praetorum, ac iudicum syndicatorum regni totius Hispaniae, Salamanticae*, 1571, glosa *Derechamente*, f. 41 v.

(26) PEÑA, *Tratado*, p. 74.

hubiera prescrito, puesto que «*si despues que se cometio el delito, huviese pasado mucho tiempo, hasta el dia que fue acusado el delinquente, ha de ser castigado con menor pena, que la ordinaria, excepto si hubo iteracion del delito, o se procedio en ausencia, y rebeldia del reo, que en tal caso sera castigado en la pena ordinaria*» (27).

Otro tanto recogió en sus páginas Matheu con remisión a la ley *Si diutino* y a lo expuesto por juristas que le precedieron, al dejar constancia de que la captura de un delincuente cuando hubieran transcurrido varios años desde la comisión del hecho debía tenerse en cuenta, pues la memoria no era reciente y la vindicta pública no requería con insistencia la condena grave, «*quia cursus temporis per se causa est mitigandae*» (28).

La misma postura de moderación punitiva sostendría a fines del siglo XVIII Marcos Gutiérrez, para quien «*no han de ser castigados con igual severidad que los delitos recientes los cometidos hace mucho tiempo*» (29).

No obstante, frente a esta afirmación y en contra de los juristas que tan sólo eran partidarios de considerar la antigüedad en la comisión del delito, se alzaron voces en pos de valorar dicho transcurso temporal siempre que el delincuente hubiera estado encarcelado. Entre estos últimos merecen destacarse los argumentos de Matheu, para quien el ya citado texto de Modestino se había interpretado de forma incorrecta, a pesar de que ésta fuera la opinión mayoritaria. Defendía el jurista valenciano afincado en la Corte que sólo debía tenerse presente la mitigación para quienes, como reos, hubieran padecido los perjuicios de la cárcel (30). Plantea la interpretación del texto de Modestino dado por algunos juristas y su propia opinión: «*Licet enim iste Textus communiter intelligatur per Pragmaticos de reo diu post delictum capto atque punito, ita ut ex sola diuturnitate a commisso crimine poena temperanda sit... Hoc errori Pragmaticorum tribuitur, quia Textus non loquitur de reo, qui diu delictum patravit,*

(27) VILLADIEGO, *Instrucción política*, p. 73.

(28) LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus*, Lugduni, 1676. He manejado la edición de Madrid, 1760, contr. 21, p. 107. Además, completando esta idea recoge la postura de Covarrubias, para quien «*ahuc mitigationem poenae in supremis Regiis tribunaliis probat ex consuetudine, ubi statim post homicidium ipse delinquens non punitur*», controversia 29, p. 159.

(29) *Discurso sobre los delitos y las penas*, en José MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804. Manejo la edición de Madrid, 1826, tomo III, p. 56.

(30) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 67, p. 336.

*sed de eo qui diutino tempore in reatu fuit, hoc est, in carcere detrusus, squallore plenus, sordidis vestibus indutus, fame vexatus, atque infinitis cruciatibus carcerem subsequenter, affectus, ut in eodem Textu dicitur». A pesar de ello admitía más adelante que «unde non obstant in contrarium adducta. Nam receptior et communior sententia in praxi admissa est, quod ex sola diuturnitate temporis commissi criminis, poena temperetur, ut dixi; et cum haec sit benignior sententia, in criminalibus sequenda est» (31). Su fundamentación crítica se apoyaba sustancialmente en que, «in reatu autem existere, est in carcere detineri, catenis, vel compedibus gravari, veste sordida uti, nomine inter reos dato, et plures alias molestias, sustinere, quousque absolvatur vel condemnetur... istae enim molestiae diu toleratae compensandae sunt cum poena. Cum autem iste reus, neque in carceribus detentus fuisset, neque aliquem molestiis sustinuisse, nequaquam computari aliquid poterat in poena» (32). Todo ello porque, recogiendo razonamientos anteriores, consideraba que la cárcel «est mala mansio, locus horribilis, atque ipsi inferno coaequalis» (33). En suma, sólo aquel acusado que hubiera sufrido los terribles avatares del preso tendría derecho a la moderación punitiva, excluyendo de esta posibilidad la simple longevidad de la comisión delictiva, aun cuando en otro pasaje transcrito más arriba reconocía que el curso del tiempo era por sí causa de mitigación de la pena.*

Idea que no era nueva, puesto que Covarrubias también la había plasmado en el siglo XVI, al manifestar que «si diutino, inquit Modestinus, tempore aliquis in reatu fuerit, aliaquatenus poena eius sublevanda erit. Ex quibus verbis deducitur communiter ab Accursio, Bartol.

(31) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 67, pp. 338-339.

(32) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 67, p. 337. No faltan ocasiones en que se puede comprobar esta cuestión, aunque la reducción fuera más por el destino que por el tiempo. Archivo del Reino de Galicia (= A.R.G.), *Serie de Sentencias* (= *Sentencias*), leg. 28483, sentencia de vista de 8-7-1692, el Fiscal de S.M. con Andrés Mariño, cerrajero y pobre de solemnidad: «confirmamos la sentencia en esta causa dada por el theniente de corregidor desta ciudad con parecer de asesor pronunciada en veinte y ocho de octubre del año pasado de seiscientos y noventa y uno; por donde condego al dicho Andres Mariño en quatro años de servicio en los Estados de Flandes y otras cosas que dicha sentencia contiene la qual mandamos se guarde cunpla y execute segun y como en ella se contiene con que los quatro años de servicio a Su Magestad en los Estados de Flandes sean y se entendian en este presidio de La Coruña». Se notificó a Mariño, quien manifestó estar llano a cumplir y, puesto que estaba casado y preso con prisiones desde el año noventa padeciendo extrema necesidad, pedía que lo soltaran. A.R.G., *Libros de la Escribanía de Fariña*, Libro 23, Letra F, f. 151 v., el Fiscal de S.M. «con Andres Mariño sobre incontinencia».

(33) MATHEU, *Tractatus de re criminali*, contr. 18, núm. 69, p. 92.

*et aliis, eum qui post longum tempus alicuius facinoris accusatus est, mitiori poena puniendum esse, quod omnino improbandum non est, notat post alios Alciat... tametsi a Iurisconsulti responso id perperam deducatur: si quidem reatus est status et conditio, in qua accusatione rei sunt donec vel absolvantur, vel condemnentur, causam etenim agunt squalore et illuvie confecti, promissa barba, habitu sordido et pannoso, misericordiae aucupatore... et diuturnam illam calamitatem, poenam sore minuendam tradunt» (34).*

Y si Matheu era partidario de esta interpretación del texto del Digesto transcrito más arriba, en la misma línea se manifestaba con relación a la ley *Omnes*, pues en su discurso «*quod tempus in carcere consumptum, non computatur in exilio per sententiam inflictio*»; puesto que para él era lógica la conclusión: «*ergo etiamsi reus in carcere detrusus fuisset, non potuit computari tempus detentionis in condemnatione subsequente*». La razón de esta postura es tajante: «*quia acerbior poena carceris in effectu est, quam ipsum exilium; ob quod computandum tempus detrusionis cum exilio in sententia asignato Imperator rescripsit, de duplici poena pro uno, eodemque delicto puniantur*» (35). De esta manera, considera más grave la pena de cárcel que el exilio, y no puede computarse en éste porque si no se estaría castigando con dos penas un único delito. A mayor abundamiento, Marcos Gutiérrez sostenía que «*el destierro puede imponerse por cierto tiempo (en el qual no se incluye el de la prisión del reo) que siempre se juzga continuo y no interpolado*» (36).

Álvarez Posadilla también insistió sobre este asunto en términos semejantes a los que acabamos de ver. Distinguía, en primer lugar, a efectos de valorar el transcurso del tiempo que existía entre el momento de comisión del delito y aquel en que se procedió contra el reo, y si el delito era reiterable o no. Mayor interés para nuestra consideración tiene su afirmación, según la cual, «*no tiene el Juez arbitrio a disminuir la pena, pues ademas de que la citada Ley del Digesto no se entienden como la entienden esos Autores, ni quiere que aquel a quien se tarde en acusar se le dispense en las penas ordinarias del delito, solo sí que se mire con clemencia, a aquel que por mucho tiempo ha estado en prisiones y ha pasado muchos trabajos en el largo tiempo que haya durado la causa y prision, no es Ley de España*

---

(34) *Opera omnia*, Salmanticae, 1583, tomo I, *Variarum resolutionum*, lib. 2, cap. 9, p. 585.

(35) *Tractatus*, contr. 67, p. 337. Lo completa y matiza en p. 339.

(36) *Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez*, Madrid, 1789, p. 63.

*para que nos atemperemos a ella; las Leyes quieren que los delitos se castiguen con las penas que imponen» (37).*

En consecuencia, no puede extrañar que, a finales del siglo XVIII, Manuel de Lardizábal pusiera de manifiesto la necesidad de sustanciar las causas con celeridad para evitar vejaciones a los presos por los graves perjuicios que se derivaban de una larga detención. El razonamiento es intachable: «*Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa... Débenle excusar por consiguiente, en quanto sea posible, las aflicciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la qual se aumenta con la privación de la libertad, con las molestias y vexaciones de la prisión» (38).* Pero, en mi opinión, con ello también rechazaba implícitamente la posibilidad de computar la estancia en prisión y con ello el arbitrio judicial, o lo que es lo mismo la obligación de que se impusieran las penas establecidas en las leyes sin considerar ninguna causa de reducción punitiva que quedara a la libre valoración del juzgador.

La práctica siguió, en mayor o menor medida, los criterios doctrinales. A mediados del siglo XV los jueces portugueses incluían en sus fallos la expresión «*ter a prisão por pena»* o «*lhe fora dada a cadeia por penna e (o) mandarom soltar»*, lo que determinaba, como ha expuesto Duarte, que al final los jueces ponían en libertad al reo y «*consideravam que o tempo que ele padeceu no cárcere funcionaria como castigo do seu crime»*, sobre todo en los supuestos de sospechosos encarcelados durante una larga temporada (39). En Francia había sucedido lo mismo, de manera que en numerosas ocasiones «*la délivrance d'un coupable par painne de prison, comme s'il y avait là une réparation qui efface le délit» (40).*

---

(37) En Juan ÁLVAREZ POSADILLA, *Práctica criminal por principios; o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Madrid, 1796. Utilizo la publicada en dicha ciudad en 1815, tomo III, pp. 7-8: «*Aunque hay autores que distinguen quando el delito es reiterable, y quando no lo es, y si habian procedido contra el Reo antes, pero por su ausencia no se le habia impuesto la pena con que dicen que en los casos que no se haya precedido contra el Reo hasta muchos años despues del delito cometido, aunque antes de los 20 años, siendo el delito no reiterable, como el homicidio etc, que debe minorarse la pena, y no imponerse la ordinaria del delito».*

(38) Manuel de LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, p. 56.

(39) L. M. DUARTE, *Justiça e criminalidade no Portugal medieval (1459-1481)*, Lisboa, 2000, pp. 393-394. También se tuvo en consideración a finales del siglo XVII, cfr. A. M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, p. 227, *in fine*.

(40) R. GRAND, «*La prison et la notion d'emprisonnement dans l'ancien droit»*, en *Revue historique du Droit français et étranger* 19-20 (1940), pp. 58-87, en concreto p. 75.

Por lo que respecta a la Corona de Castilla, en un reciente estudio sobre la Santa Hermandad se recogen alusiones explícitas a la valoración que hicieron sus alcaldes, en las primeras décadas del siglo XVI, del tiempo que estuvieron encarcelados los reos con el fin último de imponerles un castigo menor, aunque en confluencia con otras causas mitigadoras de la dureza punitiva: «*atentos los muchos dias que han estado presos... y visto la menor edad*», «*consyderando su prysion y el acatamiento que su señor...*», «*como los susodichos han estado en la prysion aprysionados... les devemos de dar e damos por pena y en pena de lo que cometieron la carçel larga que an tenido*» (41). También se conservan testimonios de las justicias municipales de los territorios vascos, de comienzos de aquella centuria, en los que daban por pena la prisión sufrida desde el auto de encarcelamiento hasta la sentencia (42).

En la práctica judicial gallega no parece manifestarse de forma explícita –quizá implícitamente ya se hiciera– hasta finales del siglo XVII, a pesar de los antecedentes romanos y romano-canónicos hasta aquí detallados y la repercusión de la literatura jurídica desde la época medieval, más inclinada a rebajar las penas ordinarias a los reos encarcelados durante largos períodos, y el reflejo que estas manifestaciones ya tenían en otras jurisdicciones y territorios. Así en la actividad de la Real Audiencia de Galicia nos consta que se comenzó a computar, de manera expresa y pública, la estancia en la cárcel como causa para la rebaja de las penas impuestas desde finales del siglo XVII (43), aunque con anterioridad y de modo excepcional puede encontrarse algún supuesto relevante que permite advertir su valoración a efectos de la determinación del castigo contenido en la sentencia bien sea en decisiones judiciales (44) bien en peticiones de

---

(41) J. M. MENDOZA GARRIDO, *Delincuencia y represión en la Castilla bajomedieval (Los territorios castellano-manchegos)*, Granada, 1999, pp. 478-480 y 487, notas 174 y 220.

(42) I. BAZÁN DÍAZ, *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*, Vitoria-Gasteiz, 1995, p. 519, donde se recogen algunos de estos fallos.

(43) *Sentencias*, leg. 28481, sentencia de revista de 10-4-1683, estando en la visita de Pascua de Resurrección, el Fiscal de S.M. con Juan Fernández Bueno, pobre de solemnidad: «*y aciendo justia atendiendo a la larga presion de dicho Juan Fernandez Bueno le absolvemos y damos por libre de las acusaciones contra el echas por dicho Juez de Baldeorras y Fiscal de Su Magestad y mandamos baya suelto de la carzel donde esta libremente y sin cargo alguno. Y le buelban todos y qualesquiera bienes que se le ayan quitado, vendido u rematado*».

(44) *Sentencias*, leg. 28476, sentencia de 7-6-1605, el Fiscal de S.M. con el Licdo. Castaño, corregidor de Orense: «*Fallamos atento los autos y meritos deste*

defensa (45). La aparición en un futuro de nuevos documentos judiciales de la época objeto de estudio puede permitir adelantar la cronología aquí apuntada. No obstante, la falta de motivación de las sentencias en la Corona castellana quizás impida conocer, en toda su amplitud, hasta qué punto los juzgadores valoraban el tiempo de encarcelamiento a efectos de proceder a una reducción punitiva. Tampoco puede salvarse este escollo, al menos para el alto tribunal gallego, mediante los libros en los que debían registrarse los presos, tanto el que debía llevar cada carcelero «*donde asiente el día que viene el tal preso, y la causa y razón por que le traen, y quien lo prendió*», como el libro de asiento para las visitas de cárcel (46).

En todo caso, la tendencia apuntada es más evidente y clara durante todo el siglo XVIII, puesto que algunos delincuentes vieron computado el tiempo de estancia en la cárcel, de forma diversa, para ver reducida su condena. Los alcaldes mayores –del crimen a partir de 1760– de la Real Audiencia utilizan fórmulas diferentes para cada caso (47), aunque la finalidad sea la misma:

---

*proceso que por lo querellado y acusado por el Fiscal de Su Magestad contra el dicho Licenciado Castaño se le pone culpa al qual mandamos que de aqui adelante se tiemple mas con los que estubieren debajo su jurisdiccion y por lo pasado le condenamos en la prision que a tenido y marabedies que a pagado y depositos».*

(45) A.R.G., Serie de Particulares (= Particulares), leg. 26.349/47, Licenciado Medellín, Fiscal de S.M., Vasco Méndez y Rodrigo Fernández contra Diego Álvarez y Gil Méndez, «*sobre el ruido e question que ansi entre todos ellos ubo y lo mas sobre que ansi hes y se trata*». En julio de 1581 llevaban más de un año presos, el pleito estaba concluso para sentencia, sus bienes secuestrados y ellos con falta de dinero. Gil Méndez fue absuelto de esta causa. Pero había quebrantado la cárcel de Navia, por lo que la sentencia de vista de 19-9-1581 les condenó a tres años de destierro y multa. Su procurador suplicó este fallo, solicitando se revocara, entre otras razones, porque no quebrantó la cárcel de Navia «*donde hestava preso y si se salio della fue porquestava abierta*», además de llevar preso dos años y medio «*y quando alguna culpa tubiese le vastaba y basta por pena la prision en que ha hestado hasta ahora*».

(46) *Recopilación de las leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir... por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro Señor*, Madrid, 1640 (ed. facsímil, Valladolid, 1982), 3, 4, 58, primera parte, y 2, 9, 8, respectivamente.

(47) En la información que las Chancillerías y Audiencias hispanas enviaban al Consejo de Castilla en la década de 1780 «se alude con frecuencia a que se compensa la pena que debía ser impuesta *con la carcelería impuesta*», como expone J. M. PALOP RAMOS, «Delitos y penas en la España del siglo XVIII», en *Estudios. Revista de Historia Moderna* 22 (1996), pp. 65-103; la cita en p. 91.

- «y no acemos mayor condenacion atendiendo a su larga prision» (48), es decir, aunque el reo merece castigo más duro los propios jueces ponen de manifiesto públicamente en su sentencia que le tienen en cuenta el padecimiento sufrido en la cárcel. En algunos fallos aparece de modo más explícito esta determinación, con lo cual siempre recibe una pena –recuérdese el principio ningún delito sin castigo–, pero mediante una sanción inferior a la que merecería el delito cometido (49);
- se tiene en cuenta su «larga y dilatada prisión» para ponerlo en libertad (50);
- en alguna ocasión expresan de manera nítida lo que han decidido al respecto: «computandose por parte de su destino el tiempo que sufrio de arresto desde el dia treze de octubre del año pasado de mil setecientos noventa y seis que se pronuncio dicha sentencia (de vista)» (51);

---

(48) *Sentencias*, leg. 28548, sentencia de vista de 24-10-1727, Juan da Ribeira, Domingo Rodríguez Pigarro y Ventura Gonzalez con Domingo Barreiro, Antonio de la Rocha, Lorenzo Tamaño y Juan Antonio Palleiro, en una causa motivada por los malos tratamientos de obra provocados a raíz de un enfrentamiento sobre ganado, por la que fueron multados y apercibidos.

(49) *Sentencias*, leg. 28493, sentencia de revista de 30-8-1751, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Juan Antonio Prieto de Castro, alcaide que ha sido de la Cárcel Real y preso en la pública de la Ciudad por haberse fugado una presa acusada de una muerte: «y en consideracion a la larga prision de Juan Antonio Prieto» le condenaron a dos años de destierro y a la inhabilitación para desempeñar su oficio, por lo que rebajaron considerablemente los seis años de presidio en La Graña impuestos en la sentencia de vista de 30-5-1751. *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de revista de 28-7-1791, Fray Plácido de Melgo, prior de Camanzo, con Agustín y Francisco Pardo, Amaro Fernández, Miguel Cacheda y otros, sobre injuriosas palabras dirigidas contra aquél: «y en consideracion a la dilatada prision de Agustin Pardo y Amaro Fernandez los quatro años porque se les destino al Presidio del Ferrol se entiendan unicamente tres», hay que tener presente que la sentencia de instancia se había dictado el 25-4-1789 y la de vista el 6-11-1790. *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 6-12-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pascual Solla, Antonio de Outeda, Carlos Parada y otros, «sobre robos y otros excesos»: «A Pasqual Solla se le absuelve de la acusacion contra el propuesta, y a Carlos Parada teniendo en consideracion el dilatado arresto que ha sufrido» fue apercibido.

(50) *Sentencias*, leg. 28554, sentencia de vista de 17-8-1751, Antonio Jacinto de Otero con Andrés de la Fuente: «Y haciendo Justicia atendiendo a su larga y dilatada prision mandamos se le ponga en libertad y de soltura de la carzel en que se alla», aunque apercibido. La causa versó sobre malos tratamientos de obra y de palabra, y la sentencia de instancia le había condenado a cuatro años de presidio.

(51) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de revista de 12-1-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con D. Antonio Varela, «sobre la violenta muerte de Santiago Rodriguez Carroña y ôtros excesos», de modo que hecha la computación fue condenado en las costas del recurso. Por lo tanto, llevaba, al menos, dos años y tres meses en prisión, a lo que hay que añadir el tiempo transcurrido hasta que el juez inferior dictara sentencia.



- las fórmulas pueden ser muy simples, al sopesar «*la dilatada prision que ha sufrido*» (52);
- o se computa por la pena correspondiente al delito que la ley sanciona con pena de prisión, como es la resistencia a la justicia (53).

En otras ocasiones se apreciaba de manera conjunta la larga prisión y el arraigo en la tierra de la acusada, haciéndolo constar explícitamente mediante una declaración terminante: «*en consecuencia computando en parte de pena a Maria de Casal el dilatado arresto que ha sufrido y atendiendo a su arraigo en aquel distrito*» (54), esto es, no en todo pero sí en parte. De la misma manera se valoraba a un tiempo «*su larga prision y grandes gastos*» que conllevaba tanto el desarrollo del juicio como su estancia en la cárcel (55). Lo que se repite en otros supuestos de forma conjunta: «*atendiendo a su larga prision y mas que consta del señalado obrado*» (56). También fueron sopesadas las circunstancias de un enfrentamiento entre partes, la sanación de las heridas infligidas a la víctima, además de la considerable prisión sufrida por las acusadas (57). Incluso, la vejez unida la

---

(52) A.R.G., Serie *Causas criminales, inhibitorias y sobreseimientos de la Real Audiencia* (= *Causas*), leg. 29032, 558, el Oficio de la Justicia contra Vitorio López dos Santos, Manuela García, Pedro García, Domingo Fernández, Domingo García, José Martínez, Juan Pequeño, «*sobre el robo y malos tratamientos hechos al Presvitero Don Manuel Joseph de Prado y otros exzesos*» (1798).

(53) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 25-4-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Vitorio López dos Santos, Domingo Fernández, Domingo García Zaculín, José Martínez, Juan Pequeño, Miguel Martínez y otros, «*sobre el robo y malos tratamientos hechos al Presvitero Don Manuel Joseph de Prado y otros exzesos*»: «*A Miguel Martinez se le absuelbe libremente y sin costa alguna de la acusacion contra el propuesta en quanto al robo, y por la resistencia que hizo al tiempo de su arresto, teniendo en consideracion la dilatada prision que ha sufrido, se le apercive*».

(54) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 12-7-1798, el Real Oficio de la Justicia, el Fiscal de S.M. y D. Bernardo de Rivas, cura párroco de San Julián de Bea, con María do Casal, «*sobre escandalo y otros excesos*» por la que fue puesta en libertad y apercebida.

(55) *Particulares*, leg. 19.710+19.711/1, Inés Romay, como madre de Ginebra de Laso, contra Gaspar Méndez de Sotomayor, sobre estupro (1600).

(56) *Causas*, leg. 29202, 29, el Fiscal de S.M. y Andrés Loureiro contra Pablo González Rey, Manuel Alvaredo y José Fernández (alias *Cadoias*), sobre *robo de dinero y otros exzesos*. Se había iniciado en abril de 1775 y se resolvió en enero de 1776.

(57) *Particulares*, leg. 25.241/31, Domingo Rey y su hijo contra Francisca da Bouza y su hija. Sentencia de instancia de 29-9-1721, «*sobre resultar escaldado con agua erbida dicho Domingo Rey el menor y la otra*»: «*atendiendo a la prision que tubieron y el mozo allarse bueno y sano, y fuera de peligro les aperzivía y aperzivo que a lo adelante no usen ni cometan semejante delito y les condeganava y condegno en las costas causadas*».

larga prisión, de la que seguramente la enfermedad era consecuencia, también se valoró hasta la absolución (58) o limitándose a decretar una simple sanción pecuniaria (59).

Mediante estas declaraciones de los alcaldes de la Real Audiencia de Galicia se sigue respetando, desde una perspectiva formal, el principio romano plasmado en las Partidas que concibe la cárcel como un lugar de custodia (60); pero, al mismo tiempo y desde un punto de vista sustancial, se admite o valora la prisión sufrida como una pena o, mejor, como parte de ella. Esto es así porque el encarcelamiento que se está valorando en el fallo judicial es una consecuencia posterior al hecho delictivo y padecido durante el tiempo de custodia anterior a la pronunciación de la sentencia, ya que si se hubiera fijado en ésta una prórroga en su duración sí nos encontraríamos ante la concepción de la prisión como pena en sentido estricto (61). En este sentido, Duarte ha manifestado que cuando al acusado se le da por pena la prisión sufrida hasta la sentencia, «a cadeia eram assim convertida em pena *a posteriori*» (62), y la consecuencia es que la prisión-custodia durante la tramitación de la causa se convertía en un momento ulterior, el de la promulgación de la sentencia, en verdadera prisión-pena. Levaggi, por su parte, ha defendido que las prisiones, esto es, los instrumentos que se colocaban a los presos, «excepcionalmente

---

(58) *Sentencias*, leg. 28491, sentencia de vista de 26-6-1732, el Fiscal de S.M. con D. Diego de Lago, Manuel de Baños, Domingo de Comesaña, Tomás de Benavides y Alberto de Loira: «y a Don Thomas de Benavides atendiendo a su larga prision, y enfermedades que padeze lo debemos de absolver y absolvemos». Los autos se incoaron por la suplantación de un instrumento –documento público– y otros delitos.

(59) *Causas*, leg. 29072, 59, el Fiscal de S.M. y Mateo de Alem contra Manuel Conde, Rosendo Fernández y otros. Se inició la causa por rompimiento de una casa y extracción de una vaca mediante auto de oficio del juez de Loredó el 1-7-1781. Su sentencia de 29-7-1782: «por lo que resulta contra dicho Manuel Conde, atendiendo a que solo se le combencio de complize en la ocultacion de la referido baca, y violencia de las puertas de la caballeriza en que la tenia el referido Lorenzo, digo Rosendo». El auto de la Sala del Crimen de 30-1-1783 condenó a Rosendo y Manuel Conde al servicio de armas por ocho años, y no siendo aptos al mismo tiempo a la Armada, y si tampoco fueran aptos se condenó al primero a tres años y al segundo en dos a las obras y arsenales. Por auto de la Sala de 26-5-1783: «Atendiendo a la maior edad de Manuel Conde, su dilata prision y crezidos gastos, se reforma el auto dado en treinta de enero del presente año quanto a la aplicacion y destino de su condena, y la mancomunidad de costas, con Felipe Mosquera, y Rosendo Fernandez, se entienda con rebaxa de las ocasionadas con motibo de el robo del par de bueyes que extrajo dicho Rosendo, de que unicamente se haga pago en vienes de este y se le multa a Conde en sesenta ducados, para penas de camara y gastos de el tribunal».

(60) Partida 7, 29, 11 y 7, 31, 4.

(61) Cfr. SARTI, «Appunti», p. 96.

(62) DUARTE, *Justiça e criminalidade*, p. 393.

asumieron el carácter de pena cuando se implantaron como castigo (por ejemplo, cargar de cadenas a un presidiario por mal comportamiento), o cuando por una larga permanencia en la cárcel, por el dilatado trámite de la causa, hacía que el juez considerase suficientemente purgado, o purgado en parte, el delito» (63).

A través de esta interpretación el arbitrio judicial, en definitiva la práctica de los tribunales, tiene presente el sufrimiento de los reos para imponer en sus sentencias una sanción punitiva inferior a la que les correspondería. En este sentido resulta revelador que la mayor parte de los sentenciados a los que se computó la estancia en prisión fueron apercibidos, es decir, se les impuso una de las penas más leves. Por tanto, cabe plantearse que con estas formulaciones la pretensión de los juzgadores fue más correctiva que punitiva, puesto que con el encarcelamiento los encausados habían padecido el rigor del castigo legal y, al mismo tiempo, la sentencia les marcaba una regla de conducta para el futuro, cuyo incumplimiento podría acarrearles duras penas —el *rigor del Derecho* en expresión de numerosos documentos de la época (64)—. Este discurrir nos lleva a sostener que mediante esta solución quizá se estuviera tomando del Derecho canónico la finalidad moralizante de la cárcel, permitiendo castigar/purgar responsabilidades criminales leves y facilitar al culpable —o al simple indiciado— la posibilidad de enmienda una vez que el paso por la prisión ya había dejado sus huellas físicas y psicológicas en él, pero advirtiéndole de los negativos efectos que se producirían en el supuesto de que volviera a delinquir mediante el apercibimiento.

El arbitrio judicial, moderador en este como en otros ámbito penales, jugaba su baza en pos de una política criminal del Estado encaminada no sólo a castigar cada hecho delictivo, sino también a hacerlo de conformidad con las singularidades que presentaran sus componentes materiales y personales, conjugando a un tiempo el rigor de la prisión con la misericordia que exigía la conciencia regia.

No es difícil encontrar la mención al cómputo del tiempo de prisión junto con otra causa subjetiva, ya que su apreciación podía afectar de manera sustancial a la moderación de la pena impuesta en algunas causas judiciales. En esta línea, la vemos demandada por los abogados a través de sus peticiones y alegatos, pero también la inser-

---

(63) A. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho argentino (Castellano-Indiano/Nacional)*. Tomo II. Judicial. Civil. Penal, Buenos Aires, 1996, p. 301.

(64) Acerca del apercibimiento, P. ORTEGO GIL, «Apercibimientos penales en la práctica criminal de la Real Audiencia de Galicia (siglos XVII y XVIII)», en *Cuadernos de Historia del Derecho* 3 (1996), pp. 11-41.

tan explícitamente en sus fallos los juzgadores, fueran inferiores o los alcaldes de la Real Audiencia: la benignidad.

Los propios defensores, como he apuntado, también eran conscientes de los perjuicios derivados de un largo encarcelamiento sobre la vida, la hacienda y la honra de los reos, de ahí que hicieran constar en sus escritos esta causa de reducción punitiva para que fuera tenida en consideración por los juzgadores: «*quanto a lo demas devo representar al Real Tribunal la dilatada prision y los duplicados gastos que se le an ocasionado y el delito tan envexecido, a quien suplico se sirva por via de conmiseracion y por aquella via y remedio que mas aya lugar en derecho remitirle dicha multa o quando menos minorarsela*» (65). Causa que podía ser alegada repetidamente hasta conseguir la absolución total de los acusados basándose, entre otros argumentos, en los gastos del proceso y la larga prisión (66).

A pesar de estas manifestaciones tan claras, en alguna ocasión los alcaldes mayores de la Audiencia gallega guardaron silencio en su resolución acerca de la toma en consideración de la estancia durante un decenio en la cárcel para rebajar –no mucho– el duro castigo impuesto a un pobre ladrón en la justicia inferior (67), aunque una lectura detenida del fallo permite advertir que sí la tuvieron presente.

---

(65) Particulares, leg. 3.763/27, el Oficio de la Justicia contra Antonio Yáñez y María Sánchez. El auto de oficio se dictó el 19-5-1725 porque «*avian usado mal de sus personas el uno con el otro y de que avia resultado averse echo la sobre dicha dos beces preñada dando uno con el otro mala nota y escandalo en la republica y a algunos meses prosiguiendo en dicho amancevamiento se an ausentado desta feligrisia a un tiempo y la sobre dicha que hiva preñada...*». Por auto de visita de 13-7-1725 les multó y apercibió, además de ordenar su ingreso en la Cárcel Real de Coruña. Su procurador admitía la multa de diez ducados pero pedía su remisión. No obstante, otro auto de 27 de julio ratificó la decisión anterior. Por tanto, no parece muy claro que hubieran estado mucho tiempo en prisión como alegaba su defensor.

(66) Particulares, leg. 3.540/89, el Fiscal de S.M. y la justicia ordinaria de Mondoñedo contra Juan, Pedro y Francisco de Cornide, su padre. Por sentencia de la justicia ordinaria de Mondoñedo de 16-6-1682 fueron absueltos «*en quanto a la pena hordinaria y por justas cosas que me mueben y resultan del proçeso y en consideración de quan frequente es dicho delito en esta probinçia*» a seis años de destierro. En una posterior petición del procurador de los Cornide, manifestaba que «*no deven mis partes ser condenados a destierro ni multados ni pagar costas antes se deben dar por libres y restituirseles lo mucho que an gastado y los daños de tan larga prision*». En otra de finales de agosto de 1682 padre e hijos pedían soltura o la ciudad por cárcel «*atendiendo a la larga prision que tenemos*». La sentencia de vista de 26-10-1682 confirmó la anterior y les absolvía del delito que les fue imputado.

(67) Sentencias, leg. 28552, sentencia de vista de 9-12-1744, el Fiscal de S.M. y el Oficio de la Justicia con José de Rivas, pobre de solemnidad, por tal mandado ayudar y preso en la Cárcel Real, sobre robos: «*devemos de revocar y revocamos la sentencia en este pleito y causa dada por el Juez hordinario de la Ciudad de Santiago*

Incluso nos consta alguna sentencia en la que se valoraron pecuniariamente los días de encarcelamiento, al objeto de abonar cierta cantidad por cada uno de ellos al reo absuelto (68); o, al contrario, se admitió la redención de la prisión pagando cierta cantidad de ducados (69).

La determinación de aquellos delitos en que los jueces inferiores y los alcaldes mayores o del crimen de la Real Audiencia de Galicia se mostraron más propicios a computar la estancia en prisión como parte de la pena resulta más difícil de determinar, porque los datos son todavía muy parciales. Parece, sin embargo, que en numerosos casos se trata de participantes o indiciados en delitos de robo, escándalo o malas conductas en general, en especial las derivadas de injurias reales y/o verbales. En esta línea, los juzgadores hicieron constar que su valoración de la estancia en prisión tenía por finalidad purgar los indicios que se habían recogido contra uno de los acusados (70),

---

*pronunciada en los seis de septiembre del año pasado de mil setecientos treinta y seis, por lo que mira a la pena de verguenza publica y ducientos azotes en que por ella se condenava a dicho Joseph de Riva; y los tres años de galeras en que asimismo se le condeño sean y se entiendan ocho en el Real Servicio de Su Magestad, los que cunpla en el Puerto de la Graña; y de fenecidos no salga de dicho servicio sin expresa lizencia del Tribunal; y asimismo se le condena en cinquenta ducados de multa». Se le notificó en la Cárcel Real de Coruña, «dixo la ovedece como deve y quanto a su cumplimiento respecto a tan larga prision en que se alla ha diez años y no tener medios para acreditar su ygnozencia para seguir la segunda ynstancia en bia de suplica sin perjuicio de en qualquiera tiempo mexorando de fortuna hacer ber la ygnozencia que lleva respondido y usar de los mas recursos que le convengan por aora le consiente, y que sin dilacion alguna se le saque de esta Carcel». El día 29 de diciembre se dieron testimonios para llevarlo al cercano arsenal de La Graña.*

(68) *Sentencias*, leg. 28492, sentencia de 22-12-1741, D. Lorenzo de Riba con Diego García: «y personales que estas las regulamos en que por cada uno de los dias que estubo preso por esta causa, el referido Diego Garzia, le paguen a este a razon de dos reales de vellon cada uno de dichos dias». *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de vista de 4-6-1791, D. Manuel Blanco Salcedo con Francisco Sánchez, «sobre robo de una yegua»: «A dicho Don Manuel Blanco le condenamos en todas las costas de esta causa, y a que pague a Pedro Sanchez, quatro Reales por cada uno de los dias que ha estado preso, y detenido a su ynstancia».

(69) *Causas*, leg. 9, 32, el Fiscal de S.M. y Ventura Estévez contra José Vázquez y otros, sobre un incidente de fuga, en la cual por sentencia de 1-8-1798 del juez de Crecente condenó a «Jose y Ciprian Vazquez, Maria Feijeiro, Vicente Reinaldo su hijo, y Jesualda de Año en treinta dias de carcel que sufran en la Publica de esta Jurisdiccion». Por sentencia de la Sala del Crimen de 18-12-1798: «Y por lo que respecta a Joseph y Ciprian Vazquez, y Jesualda do Año se lleve a debido efecto dicha sentencia del inferior, cuiá prision segun en ella se contiene redimiran pagando cada uno diez ducados de multa aplicados de por mitad a penas de Camara y gastos de Justicia».

(70) A.R.G., Serie de *Causas criminales de la Sala del Crimen* (= *Crimen*), leg. 3, 4, el Fiscal de S.M. y Francisco de Chan contra Juan de Saians, José de Saians,

o por la culpabilidad derivada de haber acompañado a un ladrón durante la noche en la conducción del ganado hurtado (71), o por regentar un lugar donde se reunían ladrones antes de perpetrar sus delitos (72) o por simples presunciones de haber cometido pequeñas raterías (73). Esta práctica tendría su reflejo en la jurisprudencia doctrinal, ya que a propósito de la posibilidad real de castigar a los acusados por falaces, pero fuertes y verosímiles, indicios, Marcos Gutiérrez declaraba que *«si se quiere que los reos purguen estos bastante; si se quiere que paguen sino el delito procesado alguna culpa en que hayan incurrido y conste del proceso, no es necesario que la ley establezca pena, ni que los jueces la impongan. Solo la formación de un proceso y una prision, cual suele serlo en el dia, son un grave castigo, no solo para el que se cree culpado, sino asimismo para su triste familia, parientes y amigos»* (74).

José Vicente Díaz y Bernardino de Castro por la muerte de Alonso de Chan y Caldas. En la sentencia pronunciada por Narciso Araujo el 19-7-1785, comisionado por la Sala del Crimen como auditor: *«a Don Josef Vizente Diaz por ser mas debiles los indicios contra el resultantes le declaro purgado de ellos con la larga prision que sufrió»*. La Sala del Crimen sentenció el 2-9-1786.

(71) *Crimen*, leg. 10, 28, el Oficio de la Justicia contra Andrés de Castro, Antonio Duro, José González, Antonio Nieto y Andrea Patiño, sobre robo de ganado. La justicia de Budiño dictó sentencia el 19-11-1799, castigando *«a Gonzalez por haver acompañado al indicado Castro en la conduccion de los mencionados ganados en horas tan impropias y sospechosas, teniendo en consideracion la prision que ha sufrido en cinquenta ducados de multa»*, además de apercibirle.

(72) *Crimen*, leg. 5, 7, Pedro Cagide, Juan de la Viña, Antonia da Fraga, Sebastián Galán y otros contra Manuel Feijoo, José Rey, Antonio de Otero, Vitorio López, Benito Socasas y otros. Auto de la Sala del Crimen de 5-11-1793: *«Probidenciando esta causa en el ser y estado en que se halla... A Andres Ferreiro y Maria Hidalgo su muger en atencion a la dilatada Prision que han sufrido se les condena a cada uno en las costas por su parte causadas y apercive que en lo subcesibo no admitan en su casa de taberna ni se acompañen de gente sospechosa y de mal vivir pena de maior providencia»*.

(73) *Crimen*, leg. 2, 13, el Fiscal de S.M., Baltasar de Arosa y Manuel Bermúdez de Castro contra Fernando de Silva, Francisco de Silva y Manuel Castrelo, la sentencia del juez ordinario de Taveiros, de 20-6-1783, dada con el asesor, *«atendiendo a que el Don Manuel Vermudez no acreditó en bastante forma lo que le convenia, y que por la larga, y dilatada prision que esta sufriendo dicho Fernando de Silva desde el dia veinte y seis de Julio del año proximo pasado de setecientos ochenta y dos se halla purgado y punido de los excesos, y robos de maíz, pichones, legumbres, y mas que se le imputa por presumpciones, devo de mandar, y mando se le ponga en libertad, y apercibe...»*. Se dictó por la Sala del Crimen auto el 11-2-1784: *«Confirmase la sentencia en esta causa dada... Y por lo que de ella resulta contra Fernando y Francisco de Silva sus hixos se les destierra por espacio de quatro años a distancia de seis leguas de la Xurisdiccion de Tabeiros, esta ciudad, Corte de Madrid, y Sitios Reales»*.

(74) *Práctica criminal de España*, Madrid, 1796. Manejo la edición de 1824, tomo I, cap. VI, p. 293.

De otra parte, existe una razón de índole procesal para justificar la permanencia en prisión durante un largo período temporal. Como apunta Heras Santos, recogiendo información diversa, los presos en general, y los pobres en particular, apelaban ante el tribunal superior las sentencias de los jueces inferiores por las que eran condenados a penas graves. Los trámites procedimentales se alargaban, sobre todo para los reos paupérrimos que no podían –y a veces no querían– activar las diligencias necesarias para la conclusión del proceso (75). Esta situación debió incentivar las medidas normativas para que las causas en las que hubiera preso tuvieran prioridad sobre las restantes (76). Aunque, como es bien conocido, también hubo presos que aceptaron las penas que les impusieron, sobre todo cuando éstas eran hasta cierto punto leves, con el fin de liberarse de su larga prisión (77).

En las dos últimas décadas del siglo XVIII también fueron los jueces de las múltiples jurisdicciones inferiores gallegas quienes, entre

---

(75) HERAS, *La justicia penal*, pp. 276-277. Por nuestra parte, podemos aportar algún documento significativo. Domingo Sánchez Boado, menor de edad, aparece en febrero y abril de 1619 con ración de pobre en la Cárcel Real; pero un año después se dirigía a los alcaldes mayores poniendo de manifiesto que su causa estaba paralizada y él sin curador: «a tres anos en el pleito con el Fiscal de Su Magestad... y dicen no paso ante ellos ni allan e padesco mucha necesidad y larga prision y esta causa esta parada»; el 22-6-1620 comparecía ante la Sala uno de los procuradores de la Audiencia y aceptaba ser su curador, en *Sentencias*, leg. 28528 y *Régimen Interno*, leg. 29.214/191. *Sentencias*, leg. 28528: «Pedro Mendez Preso a cinco años en la Carzel Real desta ciudad pobre de solegnidad ago presentacion ante V.SSa de las declaraciones de los medicos por donde consta estar tullido y pasar estrema nezesidad a V.SSa suplico mande ver dichas declaraciones y tener piedad conmigo que ara V.SSa muy gran limosna y servijio a Dios», se acordó despachar mandamiento de soltura para que fuera a cumplir con el tenor de las sentencias de vista y revista, notificándosele el 5-5-1625, aunque volvió a manifestar: «Pedro Mendez preso a cinco años pobre de solenidad y tollido de todos mienbros que de mucha parte dellos no se ayuda y padescer muy grande nescesidad en esta Carcel Real, y su pleito para su soltura hesta visto a muchos dias como a Vra. Sra. hes notorio, a quien suplica le manden despachar para que no se acabe de padescer en esta carzel que en ello hara Vra. Sa. muy grande servicio a nuestro Señor y al suplicante», las declaraciones de los cirujanos manifestaron el peligro de muerte y su procurador también se dirigió al Tribunal, manifestando que llevaba en la Cárcel Real más de nueve años.

(76) N.R. 2, 17, 14, entre otras muchas.

(77) Sirva de muestra *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 20-9-1669, Juan Álvarez Pequeño, pobre de solemnidad y preso en la Cárcel del Reino, contra el Fiscal de S.M. y Bartolomé Fernández, por la que se revocó la sentencia del juez de Celanova de 3-7-1668 que le condenó a cien azotes y cuatro años de galeras por ciertos hurtos, y se le impusieron cuatro años de destierro preciso del Reino. Le fue notificada en la prisión, manifestando la obediencia «y que el por berse tanto tiempo preso en dicha Carcel en rigurosas prisiones y con tanta nesecidad de anbre y enfermo y postrado en el suelo, consiente dicha sentencia ademas de acer la diligencia que le conbenga».

las diferentes causas que tuvieron presentes a la hora de determinar la reducción de condenas, mencionaban de forma expresa el cómputo de la estancia en prisión en sus fallos (78). Bien es verdad que estas sentencias, en los casos de jueces legos, eran sustancialmente los dictámenes de aquellos abogados que nombraban por sus acompañados o asesores letrados, quienes se limitaban a seguir las corrientes doctrinales aprendidas en las aulas de las Facultades de Leyes —en un siglo que permite apreciar la decadencia del Derecho romano y del latín como instrumentos de la enseñanza universitaria, a favor del Derecho regio, del Derecho nacional y su respectiva lengua— o en las prácticas, formularios y otros textos jurídicos similares.

El laconismo de la mayor parte de las fuentes estudiadas impiden conocer con exactitud cuál era el tiempo necesario para que los jueces sopesaran la estancia en la cárcel con la finalidad de reducir la pena que merecería el caso enjuiciado. Por la documentación manejada creo que rondaría entre el año y medio y los dos años, con independencia de plazos superiores (79), o incluso inferiores como el de un año (80). Cabe traer a colación las palabras de Porteau-Bitker, para

---

(78) Por ejemplo, *Causas*, leg. 29053, 363, Manuel Albariño contra Ramón Nobo, Juan Paz y Pedro da Pena, en el que la sentencia pronunciada el 3-9-1783 por la justicia de Meroy: «*Fallo atento los autos, y meritos del prozeso a que en lo nezario me refiero que por lo que de ellos resulta, y en atenzion a la ambigüedad que producen las dos probanzas encontradas de Manuel Albariño, y Ramon Nobo, quanto a la conducta de este y abuso de armas prohibidas, y a la considerable prision que asta aqui ha sufrido. Devo de declarar, y declaro deversele hazer saver en conformidad de la Real hordenanza de Bagos viva dedicado continuamente al trabajo absteniendose de lanzes semexantes al que motivó esta question con apercivimiento*». El auto de la Sala del Crimen de 17-9-1783 confirmó la resolución del juez. *Crimen*, leg. 7, 32, Francisco Álvarez Corrales y Nicolasa Lois contra Gertrudis Lois, cuyo auto de 27-4-1796 del juez de Trasdeza dispuso que «*respecto a la larga prision que ha sufrido la Gertrudis Loys se le ponga en libertad sin detencion de ella, y libremente*». El auto de la Sala del Crimen de 7-8-1797 confirmó dicho auto de providencia, pero «*se previene a la Justicia que en lo subzesivo prozeda en los arrestos con mas consideracion y miramiento pues de lo contrario se tomara contra ella la prohibencia que corresponda*».

(79) *Sentencias*, leg. 28485, sentencia de vista de 10-4-1699, el Fiscal de S.M. contra Antonio Pestañas, Sebastián de Salazar, Bernardo Melchor de Araujo y otros: «*confirmamos las sentencias en este pleito y causa dadas y pronunciadas por los Juezes hordinarios de las Jurisdicciones de Lançada, Santome do Mar, Villa de Padron y Coto de Fusten con que los nueve años de galeras en que fue condenado dicho Antonio Pestañas sean diez años, al remo y sin sueldo*». La sentencia de revista de 16-5-1699 redujo a seis los años de galeras de Pestaña, pobre de solemnidad. A través de una carta de su procurador, solicitaba que le soltaran de la prisión «*en que les tiene a mas de dos años*» con el fin de cumplir la pena impuesta. Así se dispuso por auto de 1-6-1699.

(80) *Particulares*, leg. 14.426/105, María González Ribadeneira contra Juan Novo das Seijas, Juan Antonio Vázquez de la Torre, iniciada el 22-5-1693, sentencia



quien la fórmula *longue prison* «laisse aux juges une grande liberté d'appréciation dans la fixation de la durée de l'incarcération» (81).

Esta indeterminación del plazo –aunque el tiempo computado no debió de variar en exceso de unos casos a otros– hay que ponerla en relación con un fundamento de valoración temporal que viene a confluír, y quizás en la mayoría de las ocasiones a superponerse, con el que nos ocupa y al que también he hecho mención en su proyección doctrinal: el transcurso del tiempo entre la comisión del hecho –en otros casos el inicio del proceso– y la sentencia (82). Este criterio se constituyó en un argumento de reducción típico de la pena, nunca de atenuación de la gravedad del hecho, como consecuencia de que el transcurso del tiempo dificultaría el recuerdo y memoria de las víctimas, de los reos y de los testigos, habría podido desaparecer el cuerpo del delito, la confesión del acusado podría presentar lagunas de memoria, etc.; en definitiva, las pruebas habrían perdido buena parte de su valor. Cuestión que, a su vez, enlaza con la propia duración del proceso que no podía ser superior, según la legislación regia, a dos años (83), determinación que en numerosos casos –menos de los que en principio se pudiera pensar, aunque sea una cantidad importante– quedó en un vano deseo.

---

de instancia del corregidor de Coruña de 17-3-1694 «sobre hurto»: «Y asi mismo le condeno por aora, atendiendo a su larga prision en diez años de destierro diez leguas desta ciudad, y su provincia. Y por la mesma razon mando soltar por aora a Juan Antonio Vazquez con apercivimiento, de que justificandose mejor en algun otro caso el delito, de que fue acusado en este, se pasara contra el a todo rigor que aya lugar de derecho». El procurador de Nobo apeló «y digo que el Tribunal se a de servir absolver a mi parte libremente y sin costas algunas condenando en ellas y en lo mas que fuere Justicia a la parte contraria, por lo que de dichos autos consta, mandando soltar de dicha carçel atendiendo a la larga prision que a thenido y su ynocencia». Nobo, además, no tenía ni bienes ni medios.

(81) A. PORTEAU-BITKER, «L'emprisonnement dans le Droit laïque au Moyen Âge», en *Revue historique du Droit français et étranger* (1968), pp. 211-245 y 389-428, en particular pp. 398 y 409.

(82) Quizás vulnerar los plazos mínimos podía llevar a cierta agravación, con independencia de que la presentación ante la Audiencia purgara los efectos de la fuga de la cárcel. Como muestra, el 9-11-1708 dieron su poder dentro de la cárcel de Chantada por la causa que les incoó el corregidor de Chantada «sobre suponer yncontinencia en sus personas y que viven desonestamente y en pecado y por considerarlas serlo, las thiene presas en dicha carzel a mas de tres meses, sin querer darles soltura ni sustanciar la causa siendo motivo que redunde en peligro de la vida dellas por ser pobres de solemindad y conociendo lo referido y alcanzar mejor misericordia en Tribunal Superior...».

(83) La glosa de Gregorio López a Partida 7, 29, 7 es esclarecedora: «*Hodie tunc non est hoc in uso; imo durat instantia et reus condemnatur vel absolvitur definitive etiam post istud tempus*».

De otro lado, la consideración de la estancia en prisión por parte de los jueces gallegos fue paralela, y sin duda inseparable, a la imposición cada vez más frecuente de la prisión como una verdadera pena en casos delictivos para los cuales no estaba prevista por la legislación, o con el fin de castigar los grados de participación más leves, destacando su imposición a las mujeres. En consecuencia, desde la perspectiva de la justicia real, ordinaria y laica, es preciso resaltar, por las repercusiones posteriores en la Codificación penal, la consideración de la prisión como pena habitual a partir de las últimas décadas del siglo XVIII (84), ya no sólo como mero reducto de custodia ni siquiera sólo como elemento de computación para moderar las penas legales. Esta afirmación no rechaza que desde la época medieval se impusiera a algunos reos, con carácter excepcional y por delitos no previstos en la normativa regia, la condena de cárcel (85), ni desde luego que en algunas leyes recopiladas se incluyera esta pena para ciertas conductas delictivas menores.

Con referencia al Reino de Galicia, ya en la segunda década del siglo XVIII podemos ver impuesta la pena de cárcel a dos menores como castigo penal y por espacio de pocos días (86). Pero hubo que esperar a la creación de la Sala del Crimen en la Audiencia para apreciar su imposición como pena habitual (87), aunque todavía durante períodos temporales cortos (88). No obstante, ya en los últimos años

---

(84) J. M. CARBASSE, *Introduction historique au Droit pénal*, París, 1990, p. 246. M. PORRET, *Le crime et ses circonstances (De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève)*, Genève, 1995, pp. 43-44 y 354.

(85) GRAND, «La prison», en particular pp. 72-77. Con mayor amplitud, PORTEAU-BITKER, «L'emprisonnement», pp. 389-409.

(86) *Sentencias*, leg. 28544, sentencia de vista de 5-11-1715, el Oficio de Justicia y el Fiscal de S.M. con Juan da Fraga, Tomé de Ramil, María López, Miguel da Bouza, María Yáñez, Domingo Gómez, Dareda de Luaces, Simón de Quintana, Domingo y Pedro do Casal, Esteban de Peñalba y otros: «a Domingo y Pedro do Casal atendiendo a su menor edad les condenamos en veinte dias de carzel y la Justicia pasado dicho termino los entregue al pariente mas cercano para que los cuide».

(87) Como destacara GRAND, «La prison», p. 79, las prisiones propiamente dichas tuvieron poca importancia hasta finales del Antiguo Régimen.

(88) *Sentencias*, leg. 28558, sentencia de vista de 14-5-1782, Ramón Fernández y el Fiscal de S.M. con D. José Blanco Sarmiento, Juez de la Jurisdicción de Sandianes, reo fugitivo: «Y al nombrado Juez por la fuga que ha hecho de la carzeleria, en que se allava de ciudad y arrabales, le condenamos en dos meses de carzel, en la Real de este Reino». *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de vista de 18-10-1791, Carlos de Aira, por sí y como padre de su hijo Carlos, con D. Manuel de Bouzas: «Ademas les debemos de condenar y condenamos en un mes de carcel, que sufran uno y otro en la publica de aquella Jurisdiccion, sin que se les permita salir de ella, pasado dicho termino, hasta tanto que den entera satisfaccion a su Parroco».

de esta centuria se va asentando como una pena propicia para castigar a las mujeres (89), bien en las cárceles públicas (90), bien en las casas de reclusión que se crearon por el reino (91). Resulta obvio que la reclusión de los hombres en presidios y arsenales presenta unas características, en ese momento histórico, diferentes de la cárcel propiamente dicha.

En suma, resulta patente que al mismo tiempo que se expresaba en las sentencias del alto tribunal gallego de forma nítida y tajante la computación de la estancia en prisión como parte de la pena durante el siglo XVIII –algo reconocido por la teoría doctrinal con anterioridad y, quizá, implícitamente por los juzgadores–, se va admitiendo para un espectro más amplio de delitos la aplicación de la cárcel

---

(89) Por ejemplo, *Crimen*, leg. 10, 20, Andrés Antonio Varela Castrobaio contra Melchora Sande. El auto de 19-9-1799 del juez de Malpica ordenaba que Melchora de Sande, arrestada en la cárcel pública de su juzgado, «por el delito, y provocacion injuriosa que atentadamente, cometio con la persona de Don Andres Varela Castroboo en desprecio de el estado sacerdotal que le caracteriza, y total abandono de los preceptos de Justicia, subsista en prisiones por tiempo, y espacio de treinta dias». El auto de Sala de 2-10-1799 dispuso que se librara Real Provisión a la Justicia de Malpica con inserción del auto de providencia que consulta para que, haciéndolo saber a las partes, les otorgara las apelaciones que le interpongan y consentido lo llevara a debido efecto.

(90) *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 10-11-1798, el Real Oficio de Justicia y el Fiscal de S.M. con Manuel García, José García, como marido de Antonia Rodríguez, y Pedro das Seijas, «sobre la violenta muerte dada a Antonio Lopez»: «con tal que de los ocho años de destierro ympuestos a Maria Garcia, los quatro se entiendan de reclusion en la carzel en donde se alla». *Sentencias*, leg. 28872, sentencia de vista de 6-12-1798, el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pascual Sella, Antonio de Outeda, Carlos Parada, Manuel Caneda, difunto, Ramón Salgado, Rosa Moreira, Ángela Germade, María Antonia Moreira y otros, «sobre robos y otros excesos»: «A Rosa Moreira la condenamos en dos años de arresto y a María de Outeda en seis; a Angela Germade, y Maria Antonia Moreira a cada una en dos meses, que unas y otras cumplan en la Carzel Publica de Pontebedra». *Crimen*, leg. 1, 5, 5 piezas, en la primera de las cuales se halla la sentencia de la Sala del Crimen de 19-7-1775, el Real Oficio de la Justicia contra los reos acusados Juan Carteiro, Manuel Montero, Melchor Pérez, Antonio Pereiras, María Antonia de Senra, D. Feliciano do Mato Villamarín, Antonio Rodríguez Panfarrón, María Manuela Aparicio y otros, «sobre y en razon del rovo y alevosa muerte dada a Don Benito Vergara»: «a Maria Manuela Aparicio en seis años de encierro en esta Real Carcel».

(91) *Sentencias*, leg. 28560, sentencia de vista de 17-12-1791, el Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con María y Josefa Vizoso, madre e hija, Bernardo de Benabad, en rebeldía, ahora difunto, «sobre la muerte violenta dada a Angela Robles»: «confirmamos la sentencia dada por el comisionado en veinte y dos de octubre del año proximo pasado de mil setezientos y noventa con tal que el destino de los seis años de encierro impuestos a las citadas Maria y Josepha Vizoso, sean y se entiendan quatro, que cumplan en la casa de reclusion de la Ciudad de Mondoñedo».

como una verdadera pena y no exclusivamente para aquellos que, según el ordenamiento jurídico, estaban castigados con ella. La justificación de esta valoración parcial se encuentra en los sufrimientos que los reos padecían en esa *mala mansio* que era la prisión, y que podían llegar a ser mayores o similares al castigo que merecía el delito por el que estaban encausados según la legislación real. Los beneficiados por esta causa de minoración punitiva no fueron, lógicamente, todos los presos, pero sí muchos indiciados. La estancia mínima, a pesar de que son escasos los datos para sustentar un criterio seguro, rondaría alrededor del año y medio, pues no debe olvidarse el mandato regio de concluir el proceso en dos años, con independencia de la laxa interpretación que se hizo de este último límite. De esta manera, los principios jurídicos elaborados por la jurisprudencia doctrinal a partir del *Ius commune* servían de fundamento a la jurisprudencia práctica, puesto que se respetaba la concepción tradicional de la cárcel y, al mismo tiempo, los jueces se encontraban amparados en la aplicación individualizada de la ley (general) al caso (particular), aplicando la justicia (del rey) con un cierto grado de benignidad (real).