

La reforma judicial bajo Carlos III: La tortura

Ana Clara GUERRERO LATORRE

¿Hubo o no reforma judicial bajo los últimos Borbones del siglo XVIII? Tema muy discutido, con opiniones muy divergentes. De sus principales estudiosos, citaremos tan sólo dos, Tomás y Valiente y Domínguez Ortiz, por ser representantes de posturas opuestas.

Tomás y Valiente considera que «ni Carlos III ni Carlos IV dieron una legislación penal realmente ilustrada en su conjunto. Por el contrario, Carlos III dictó leyes penales severísimas (...) y no apoyó eficazmente el intento reformista (sin duda muy moderado) de 1766»¹ y da como razón de esta actitud «que el reformismo ilustrado era incompatible en el fondo con un sistema político monárquico absolutista y con una sociedad estamental»².

Domínguez Ortiz, sin embargo, señala la clara diferencia existente entre la primera y la segunda mitad del siglo. Bajo Felipe V las leyes penales fueron extremadamente duras, llegándose incluso a castigar con pena capital el hurto en la Corte y sus alrededores; con Fernando VI la situación no evolucionó, pero con Carlos III «un nuevo espíritu apuntó con timidez»³. Domínguez proporciona datos muy interesantes de los intentos reformistas realizados bajo Carlos III.

En los primeros años su actuación en el campo penal fue bastante dura, pero por influencia del Consejo y sus ministros fue moderando su postura⁴. Cuando en 1764, Carlos III quiso reimplantar en todo

¹ Tomás y Valiente: *El derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*. Madrid, 1969, pág. 111.

² *Ibidem*.

³ Domínguez Ortiz: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*. Barcelona, 1976, pág. 332.

⁴ Estos datos han sido tomados de Sempere y Guarinos: *Ensayo de una biblioteca española de los mejores autores del reinado de Carlos III*. Madrid, 1786, t. III, págs. 167 a 178.

su vigor la ley de 1734 referente a robos y hurtos en la Corte, fue el Consejo quien le hizo ver la excesiva crueldad de las penas. Y en 1770 fue también el Consejo quien sometió al rey un informe en el que, tras un estudio de los delitos y de sus penas se proponían reformas a las que el rey dio su conformidad: no usar tanto de la pena de muerte, rebajar la pena a los reos de delitos infamantes, separar a los presidiarios por categorías, según los delitos...

Unos años después, en 1776, bajo la influencia de Manuel de Roda⁵, es Carlos III quien propone al Consejo la formación de una Junta en la que se estudiaran: la sustitución de la pena de muerte por algún «castigo de duración»; la utilidad de la tortura, «... quiere su Majestad se trate y reflexione sobre el uso de la cuestión del tormento, que no se ha admitido en muchas naciones bien gobernadas y ha sido modernamente disputado por muchos sabios autores por ser prueba muy falible, dudarse de su justificación y manifestar la experiencia con frecuentes exemplares pasarlo sin confesar sus delitos los reos más atroces y no haberlo podido sufrir muchos inocentes declarando delitos que no habían cometido». Debían tratarse también otros temas relacionados con el sistema legal de la nación y se insistía en que ello se hiciese de forma unitaria.

Lardizábal fue encargado de realizar un estudio sobre las leyes penales previo a la reforma; el propio autor lo relata en la introducción a su *Discurso sobre las penas*: Carlos III «... ilustrado y benéfico Monarca (...) encargó al Tribunal Supremo (...) que tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal (...). Este sabio y respetable Senado conoció desde luego con su acostumbrada penetración y discernimiento que para hacer una reforma qual convenía a las benéficas intenciones del Soberano y que no fuese voluntaria y caprichosa era indispensable tener a la vista todas las penas que en diversos tiempos se han impuesto a los delitos, y las alteraciones que ha padecido este importante ramo de la legislación. Con este fin se dignó de mandarme, 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. Procuré desempeñar este apreciable encargo con toda la puntualidad y exactitud que me fue posible»⁶.

El informe fue remitido al Consejo y, según Tomás y Valiente, hubo numerosas dilaciones y problemas administrativos que hicieron

⁵ Manuel de Roda, abogado por la Universidad de Zaragoza y perteneciente al Colegio de Abogados de Madrid desde 1731; ministro plenipotenciario cerca de la Santa Sede bajo Fernando VI, fue nombrado en 1765 Secretario de Estado de Gracia y Justicia.

⁶ Lardizábal: *Discurso sobre las penas*. Madrid, 1782, págs. 17-18.

que el proyecto quedara en nada⁷. Hay que reconocer el fracaso del proyecto de reforma, pero si creemos las palabras del propio Lardizábal, su informe fue muy bien recibido por el Consejo: «... y habiendo recibido mi trabajo la aprobación de tan sabio Tribunal, alentado con su benignidad, me resolví a hacer algunas reflexiones sobre el asunto en el presente Discurso...»⁸.

Una vez más los intentos reformistas fracasaban, lo que fue casi constante a lo largo del siglo XVIII; habría que destacar otra vez factores ya señalados por importantes autores, resaltando en este caso concreto la existencia de sectores tradicionalistas entre los jueces y los abogados y la importancia del acceso al trono de Carlos IV, con el retraso que ello supuso para muchas reformas.

Con los datos aportados queda clara la acertada postura de Domínguez Ortiz al hablar de un «tibio» reformismo borbónico en el tema legislativo.

Tomás y Valiente es demasiado radical al hablar de leyes severísimas bajo Carlos III. Este monarca fue reformista en el campo legislativo, como en casi todos los demás terrenos, y su afán de cambio se aprecia en la humanización del derecho penal que se produce bajo su reinado, aunque, como señala Domínguez Ortiz, en este caso concreto gran parte del mérito de la reforma hay que concederlo a un sector de la opinión pública que se manifestó activamente a favor de la dulcificación de las penas y del proceso legal.

Durante la segunda mitad del siglo XVIII, casi todos los temas relacionados con el Estado y su gobierno fueron objeto de debate a través de informes y discursos, pero muy pocos resultaron tan discutidos como la reforma legislativa. La polémica llegó a ser muy dura, lo que se explica si pensamos que al debatir la justificación de la pena capital o de la tortura estaban en juego ideas más importantes, como la concepción del origen del poder, la validez o no del «pacto social»...

La crítica al sistema legislativo vigente en el siglo XVIII no se originó en España. Hubo algunos precursores en nuestro país, por ejemplo, Feijóo, que en su *Teatro crítico* se opuso a la tortura con argumentos que luego utilizarán otros, incluso Beccaria, aunque no por ello haya que pensar en una influencia directa. Decía Feijóo: «Es innegable que el no confesar en el tormento depende del valor para tolerarlo. Y pregunto, ¿el valor para tolerarlo depende de la inocencia del que está puesto en la tortura? Es claro que no, sino de la

⁷ Tomás y Valiente: *Op. cit.*, pág. 108.

⁸ Lardizábal: *Op. cit.*, pág. 18.

valentía de espíritu o robustez de ánimo que tiene. Luego la tortura no puede servir para averiguar la culpa o inocencia del que la está padeciendo, sí sólo la flaqueza o fortaleza de su ánimo»⁹.

Sarmiento no sólo criticó la tortura, sino también la pena de muerte.

Mellor, en su trabajo sobre la tortura¹⁰, se remonta aún más atrás y señala toda una «corriente abolicionista» cuyo «triumfo final» estaría encabezado por los hombres del siglo XVIII.

Los propios autores de este siglo, sobre todo los españoles, buscando apoyos para sus ideas, acuden a San Agustín y Luis Vives como enemigos de la tortura, incluyendo en sus obras largas citas de *La Ciudad de Dios* y la *Escolástica*.

Desde los humanistas abundaron las críticas a ciertos aspectos del sistema penal; la tortura y la pena capital, sobre todo, fueron lugares comunes; pero su alcance fue muy limitado, pues, como señala Tomás y Valiente¹¹, los argumentos «carecían de coherencia y de fundamentación suficiente», atacaban sólo algunos aspectos y no «el sistema procesal penal en su conjunto». Esto explica, y nos parece que muy acertadamente, por qué la crítica al sistema penal no alcanzó pleno desarrollo hasta la segunda mitad del siglo XVIII, pero no por ello dejaremos de citar la opinión de Mellor, pues aunque basada en elementos externos tiene también su parte de verdad. Mellor señala que «todos los abolicionistas antiguos eran teólogos o humanistas, sabios que generalmente escribían en latín para una élite muy restringida»¹², y frente a ellos, los hombres del siglo XVIII se preocuparon de hacer sus obras más asequibles. El debate sobre la tortura en las páginas de *El Censor* (periódico publicado en Madrid de 1781 a 1787) hubiera sido impensable en épocas anteriores.

Los enciclopedistas franceses y el marqués italiano Beccaria, en su *Tratado de los delitos y de las penas*, fueron los artífices de la atenuación del derecho penal en la segunda mitad del siglo XVIII. Beccaria es considerado el principal innovador; pero Montesquieu fue uno de los primeros pensadores de su tiempo que se preocupó por analizar el derecho penal vigente. Sus ideas en materia penal no están unidas en un corpus determinado, sino que se encuentran dispersas a lo largo de toda su obra, pese a lo cual ejercieron una gran influencia en el marqués italiano.

⁹ Feijoo: *Teatro crítico*. Madrid, 1734, t. VI, pág. 50. Sobre las ideas jurídicas de Feijoo y en especial sobre sus opiniones acerca del tormento es interesante la obra de Puy Muñoz: *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*. Granada, 1962.

¹⁰ Mellor: *La tortura*. Barcelona, 1964, pág. 125.

¹¹ Tomás y Valiente: *Op. cit.*, págs. 172-173.

¹² Mellor: *Op. cit.*, pág. 126.

Los puntos principales que se plantearon todos los legalistas de la segunda mitad del siglo XVIII son los referentes al *origen de las leyes*, el *derecho del hombre a castigar*, las penas, quién debe imponerlas, su severidad o moderación, qué fin se persigue con ellas y, finalmente, la validez o justificación de *la pena capital y del tormento judicial*.

Para Montesquieu, las leyes tienen su *origen* en la existencia de una libertad política cuya protección depende de aquellas y de su eficacia. No se plantea el *derecho del hombre a castigar*, probablemente porque considera que la mera existencia de leyes lleva consigo un castigo para aquél que las transgrede. Estas *penas* tienen que estar claramente previstas en la ley y deben guardar una estrecha relación con el tipo de delito cometido. Montesquieu cita cuatro clases de delitos, «los primeros van contra la religión, los segundos contra las costumbres, los terceros contra la tranquilidad y los cuartos contra la seguridad de los ciudadanos»¹³. (Clasificación que reproducirá Lardizábal en su *Discurso sobre las penas* sin mencionar su procedencia y que es una de las muchas pruebas de la directa influencia del pensador francés en el jurista hispano.)

La previsión estricta del castigo es una preocupación común a todos los reformistas del siglo XVIII, deseosos de acabar con la arbitrariedad de los jueces, que debía ser grande a juzgar por las críticas que recibían¹⁴.

Montesquieu, favorable a una humanización de las penas, escribió: «La severidad de las penas conviene más al gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que a la monarquía o la república, cuyos resortes son el honor y la virtud (...). Sería fácil probar que en todos o casi todos los Estados de Europa las penas han disminuido o aumentado a medida que se acercaban a la libertad o se alejaban de ella»¹⁵, «la experiencia nos pone de relieve que en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano del mismo modo que las graves en otros lugares (...). Si se examina la causa de toda relajación se verá que procede de la impunidad de los delitos y no de la moderación de las penas»¹⁶.

La finalidad de estas *penas proporcionadas al delito*, claramente previstas por la ley y moderadas, es prevenir: «un buen legislador se preocupará menos de castigar los delitos que de prevenirlos y se

¹³ Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*. Madrid, 1972, libro XII, cap. IV, pág. 174.

¹⁴ Se criticaba su venalidad y falta de preparación. Las críticas no se limitaban a un país. Incluso en Inglaterra, «nación muy civilizada», según Montesquieu, el sistema judicial dejaba mucho que desear, como demuestran las duras palabras de J. Swift contra los jueces, en *A voyage to the Houyhnhnms*.

¹⁵ Montesquieu: *Op. cit.*, libro VI, cap. IX, págs. 104-105.

¹⁶ *Ibidem*, libro VI, cap. XII, pág. 105.

dedicará más a mejorar las costumbres que a infligir suplicios»¹⁷. Esta visión supone un cambio muy importante de mentalidad respecto a siglos anteriores.

Sin embargo, la postura de Montesquieu frente a *la pena capital* es mucho más moderada. Acepta plenamente la pena de muerte: «Un ciudadano merece la muerte cuando ha violado la seguridad hasta el punto de quitar o intentar quitar la vida a alguien. La pena de muerte es como el remedio para la sociedad enferma»¹⁸. Pero es un ilustrado y su visión no puede ser la misma que la de un tradicionalista, como, por ejemplo, Pedro de Castro; recurre a su afirmación de que es propio de Estados moderados el humanizar las penas y afirma que se debe intentar evitar la pena capital empleando otros castigos.

Llama la atención lo poco que se detiene en la cuestión del *tortamento*. Se declara enemigo de la tortura: «Vemos hoy que una nación muy civilizada lo rechaza sin inconvenientes. No es, pues, necesario por naturaleza»¹⁹, pero no profundiza en el análisis de su consideración penal, de su falibilidad..., como después lo hará Beccaria.

Estas ideas de Montesquieu resumen el espíritu reformista de la segunda mitad del siglo XVIII y por ello merece sin duda ocupar el puesto de Beccaria como inspirador de las reformas legislativas de este período; pero el carácter disperso de sus reflexiones hizo que perdiesen gran parte de su fuerza, «estaban insertas en un conjunto temático mucho más amplio dentro del cual quedaban ocultas para quienes tuviesen interés en silenciar su existencia»; fue necesaria una persona que sistematizase estas ideas, que las relacionase con las de otros autores, «observar que los excesos que unos y otros denunciaban esporádicamente obedecían a unas raíces comunes y que sólo sustituyendo éstas por unas premisas humanistas, moderadas y respetuosas para el hombre que hay en cada delincuente, era posible eliminar los abusos e injusticias del sistema y elaborar otro más racional y más justo. Y esto fue lo que hizo Beccaria»²⁰.

La influencia de Montesquieu en todos los legalistas posteriores es enorme.

No analizaremos la vida de Beccaria, pues ya ha sido hecho repetidamente en las introducciones a las múltiples ediciones de su obra. Destacaremos los esbozos biográficos realizados por Romagnoli, Calamandrei, Levasseur, Tomás y Valiente y Juan Antonio del Val, entre otros muchos.

Más importante es señalar las principales influencias que se ad-

¹⁷ Montesquieu: *Op. cit.*, libro VI, cap. XVI, pág. 111.

¹⁸ Montesquieu: *Op. cit.*, libro XII, cap. V, pág. 175.

¹⁹ Montesquieu: *Op. cit.*, libro VI, cap. XVII, pág. 111.

²⁰ Tomás y Valiente: «Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: la crítica de Beccaria», en *La tortura en España*. Barcelona, 1971, pág. 173.

vierten en su obra. Juan Antonio del Val²¹ destaca el influjo de «Diderot, Helvetius, Voltaire, D'Alambert, Buffon, Hume y otros (...), pero sobre todo de Rousseau y Montesquieu». Montesquieu es básico en la formación de su pensamiento y la influencia de Rousseau se observa, sobre todo, en la importancia que Beccaria concede al «pacto social». Al analizar su obra veremos más claramente estas influencias.

En la introducción a su tratado, *De los delitos y de las penas*, Beccaria explica lo que le movió a escribirlo:

«Conocemos ya las verdaderas relaciones entre el soberano y los súbditos y las que tienen entre sí recíprocamente las naciones. El comercio, animado a la vista de las verdades filosóficas, comunicadas por medio de la imprenta, ha encendido entre las mismas naciones una guerra tácita de industria, la más humana y digna de hombres racionales. Estos son los frutos que se cogen a la hora de este siglo; pero muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de la legislación tan principal y descuidada en casi toda Europa. (...) El inmortal presidente de Montesquieu ha pasado rápidamente sobre esta materia. La verdad indivisible me fuerza a seguir las trazas luminosas de este gran hombre, pero los ingenios contemplativos para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos»²².

Para mejor captar el pensamiento de la época conviene recordar por su orden los problemas básicos que se planteaba todo legalista del siglo XVIII: el origen de las leyes, el derecho del hombre a castigar, las penas, su severidad o moderación, su finalidad..., la pena capital y el tormento judicial.

Beccaria enuncia las principales preocupaciones que intentará resolver en su obra y podemos ver que coinciden en gran medida con este orden de problemas: «La muerte, ¿es una pena verdaderamente útil y necesaria para la seguridad y el buen orden de la sociedad? La tortura y los tormentos, ¿son justos y obtienen el fin que se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen sobre las costumbres? Estos problemas merecen ser resueltos con aquella precisión geométrica a la que no puedan resistir ni la niebla de los sofismas, ni la seductora elocuencia o la tímida duda»²³.

En la base de los planteamientos de Beccaria podemos observar la influencia de Rousseau de que antes hablábamos; la presencia del contrato social es innegable. Los hombres viven en sociedad para

²¹ Val, J. A. del: Prólogo a *De los delitos y de las penas*. Madrid, 1968, página 12.

²² Beccaria: *De los delitos y de las penas*. Madrid, 1968, págs. 26-27.

²³ Beccaria: *Op. cit.*, pág. 45.

poder gozar de su libertad, pero para ello tienen que sacrificar todos y cada uno de ellos una pequeña parte de esa libertad: «la suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario»²⁴. En este sistema, la *legislación* penal tiene una importancia fundamental para asegurar y *defender* la *libertad de los hombres*; en Montesquieu había algo similar, la principal función de las leyes era asegurar la libertad política. Para castigar la violación de las leyes deben existir unas penas; este *derecho a castigar* lo justifica Beccaria con la siguiente reflexión: «el agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho»²⁵. *Las penas* tienen que estar claramente *fijadas en las leyes* y deben ser *proporcionadas a los delitos*: «Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y ésta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social (...). Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores»²⁶. La valoración del delito y, por lo tanto, la pena que por él debe imponerse, se deriva de un solo hecho: la importancia del daño causado a la sociedad. Otros autores cifraban la importancia del delito en la posición social del ofendido, en la intencionalidad... Esta fue una de las ideas más controvertidas y que levantó más oposición entre los mismos seguidores de Beccaria.

Al igual que Montesquieu, defiende la dulcificación de las penas: «...no es la crueldad de las penas uno de los grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad inexorable del juez que, para ser útil, debe estar acompañada de una legislación suave»²⁷.

El *fin de las penas* no es atormentar, sino impedir que el reo cause daños y evitar que los demás tengan tentaciones de cometer el mismo delito.

Una de las ideas más revolucionarias de Beccaria es *la igualdad ante la ley*; sobre los nobles dijo: «Limitareme sólo a las penas con que se debe castigar a esta clase, afirmando ser las mismas para el primero que para el último ciudadano»²⁸. Ninguno de los autores españoles influidos por Beccaria será lo bastante avanzado como para recoger esta idea. La sociedad estamental, basada en el privilegio, era plenamente aceptada en nuestro país, nadie dudaba de la «necesidad

²⁴ *Ibidem*, pág. 27.

²⁵ *Ibidem*, pág. 30.

²⁶ *Ibidem*, págs. 30-31.

²⁷ Beccaria: *Op. cit.*, pág. 72.

²⁸ *Ibidem*, pág. 64.

sidad» de una nobleza; lo que se criticaba fundamentalmente era su ociosidad y su desviación de la función que debía cumplir dentro de la maquinaria del Antiguo Régimen.

Si bien Montesquieu era partidario de la *pena capital*, su seguidor Beccaria se opone a ella; pero, hombre de su tiempo al fin y al cabo, la acepta como necesaria en dos casos: «Por dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero, cuando aun privado de la libertad tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida, «cuando» su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros y los separase de cometer delitos, segundo motivo por que se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano»²⁹.

Un capítulo del libro de Beccaria nos interesa especialmente: es el que se refiere al tormento, pues será el tema central de la polémica entre Azevedo y Pedro de Castro, que tanto interés suscitó en la España de la época.

Los argumentos de Beccaria contra *el tormento* no son muy originales, aunque introduce algunas novedades. Cambia la calificación jurídica que la tortura tenía en la época; pasa a considerarla como una pena por lo que sólo podía aplicarse al ya condenado: si un delito «es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados»³⁰. Como otros muchos autores defiende la falibilidad del tormento, que priva de la libertad necesaria para declarar, siendo la fortaleza la que determina la «inocencia» del reo: «es el medio seguro de absolver a los robustos malvados y condenar a los flacos inocentes»³¹.

Es totalmente opuesto a la tortura, que «no se debería tolerar en el siglo XVIII»³². La crítica más grave que se puede hacer a este método de «averiguar la verdad» (según decían sus defensores) o de «obligar a confesar» (como decían sus detractores) es para Beccaria «que se pone al inocente en peor condición que al reo, puesto que aplicados ambos al tormento el primero tiene todas las combinaciones contrarias porque, o confiesa el delito y es condenado o es declarado inocente y ha sufrido una pena que no debía; pero el reo *tiene una caso favorable* para sí, éste es cuando resistiendo a la tortura con firmeza, debe ser absuelto como inocente; pues así ha cambiado una pena mayor por una menor. Luego el inocente siempre debe perder y el culpable puede ganar»³³.

²⁹ *Ibidem*, págs. 74-75.

³⁰ Beccaria: *Op. cit.*, pág. 52.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, pág. 53.

³³ *Ibidem*, pág. 57.

La tortura tenía que ser abolida.

Beccaria tuvo gran influencia en autores españoles: Azevedo, Sempere y Guarinos, Jovellanos, Meléndez Valdés... y Lardizábal. Influencia que, como en el caso de Montesquieu, es mucho mayor de lo que ellos dejan traslucir en sus citas.

La obra de Beccaria fue traducida al castellano en 1774. Se incluyó en el libro una nota, en su primera página, que es claro exponente de la actitud del Consejo, reformista pero moderada: «El Consejo, conformándose con el parecer del señor Fiscal, ha permitido la impresión y publicación de esta obra sólo para la instrucción pública, sin perjuicio de las leyes del Reyno y su puntual observancia, mandando, para inteligencia de todos, poner en el principio esta nota.»

Como ya hemos visto, aunque someramente, el reformismo en materia legal se introdujo en España con cierto retraso. Un intento de reforma de carácter generalizado no se planteó hasta 1776, con la solicitud de Carlos III al Consejo de un estudio sobre ciertos temas legales. Pero ya antes se había entablado una importante polémica sobre un tema concreto: la tortura.

La tortura judicial estaba encaminada no tanto a conocer la verdad como a obtener una confesión determinada ya de antemano. Como Tomás y Valiente señala, aunque «una ley de Partidas afirmaba que para dar tormento el juez necesitaba tener presunciones y sospechas ciertas contra el preso (...) la remisión de los autores a tales leyes es muy rara; parece más bien que las ignoran voluntariamente»³⁴.

Ya hemos hecho referencia a personajes que se opusieron muy pronto a la tortura pero, pese a sus críticas, a mediados del siglo XVIII seguía vigente.

La polémica tuvo lugar entre Alfonso María de Azevedo y Pedro de Castro.

La obra de Azevedo, cuyo título completo es: *Ensayo acerca de la tortura o cuestión del tormento; de la absolción de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura principalmente en los tribunales eclesiásticos*, se publicó en 1770. Estaba escrita en latín y fue traducida en 1817. Cuando se publicó la traducción hacía muy poco que se había abolido la tortura, Real Cédula de 25 de julio de 1814, lo que explica que esta obra tuviese aún interés.

Llama la atención que Azevedo levantase tan dura oposición por parte de Castro. Sus juicios son más bien moderados. En la primera parte de su obra, titulada: «No debe sujetarse a pena alguna a los reos que nieguen en el potro los delitos de que son acusados, aunque

³⁴ Tomás y Valiente: «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *La tortura en España*. Barcelona, 1971, págs. 124-125.

sean los más atroces», da por hecho que puede torturarse a los sospechosos, pero insiste en el valor probatorio del tormento; si un reo contra el que no hay pruebas es atormentado, lo que en principio —según las Partidas— no podía hacerse, y no confiesa, debe ser absuelto. Ya en esta primera parte, sin embargo, hay un cierto rechazo de la tortura, pero más como una muestra de la benevolencia de los jueces que por considerarla injusta y totalmente reprobable, «porque se halla determinado por las leyes de los Romanos y de los Españoles que los reos nunca se deben sujetar al Tormento a no ser que la magnitud atroz y horrorosa de los crímenes exija la severidad de las leyes y de los jueces...»³⁵.

En la segunda parte del libro: «Los reos que atormentados no confiesen los delitos recobrarán muchas veces sus antiguos honores y su buen crédito», insiste en el valor probatorio del tormento; si sirve como prueba para condenar, también debe servir para absolver, absolución que debe ir acompañada de una rehabilitación total, recordando el inocente su «crédito» y sus «honores».

Hasta aquí ha admitido la tortura, preocupándose sólo porque observe unos mínimos principios de «humanitarismo». Pero, repentinamente, en la tercera y cuarta parte ataca con dureza el sistema y su utilización por tribunales eclesiásticos. Su actitud y postura son algo equívocas. Quizás veía improbable que su obra consiguiese levantar una fuerte oposición al tormento y por ello se preocupó por dejar bien sentados los derechos de todo aquel que, torturado, se declarase inocente.

En la tercera parte: «Cualquiera especie de tortura se opone a los principales derechos de la naturaleza y a los solemnes pactos de las sociedades», utilizando argumentos que ya hemos visto en Beccaria, y que provienen del Contrato social de Rousseau, Azevedo se opone al tormento, pues «de ninguna manera es lícito a los hombres usar de la crueldad contra sus cuerpos: de ninguna manera entregarse ellos mismos a los Tormentos: luego tampoco pueden conceder a los Magistrados la facultad de castigar con crueldad, ni atormentar a los Reos: porque no es dable que transfieran a otros un derecho que ellos mismos no tienen»³⁶.

Azevedo, sin embargo, y frente a Beccaria, sí es partidario de la pena de muerte; opina que a los hombres «les concedió la naturaleza poder condenar a muerte a los autores manifiestos de maldades»³⁷ para defender su libertad.

Hace un estudio de diferentes países y épocas en que no existió la tortura, demostrando que no por ello aumentó el número de deli-

³⁵ Azevedo: *Ensayo acerca de la tortura*, Madrid, 1817, pág. 36.

³⁶ *Ibidem*, pág. 70.

³⁷ *Ibidem*, pág. 71.

tos; idea que ya encontramos en Montesquieu: «... prohibido el uso de la tortura, puede subsistir la república próspera, estable y felizmente»³⁸.

En la cuarta parte: «No son de aprobar los tormentos que se usan en los Tribunales Eclesiásticos para la averiguación de los delitos, aun de los más atroces y contra la Religión», centra su crítica en el uso del tormento por los Tribunales Eclesiásticos. Basándose en la no utilización de la tortura por estos Tribunales durante más de diez siglos, cita a los Pontífices que «imbuidos de las preocupaciones de las leyes civiles» introdujeron el tormento como necesario, pero se opone a que se dé más validez a su opinión que a la tradición: «¿Quién, repito, desechará su doctrina para admitir y respetar las Constituciones de los Papas más modernos?»³⁹.

Termina su obra con un alegato dirigido a la Iglesia en el que clama por la abolición del tormento por ésta: «Manden los Principes, obliguen, atormenten, mutilen, den muerte a los malvados; pero vosotros no así»⁴⁰.

La reacción a esta obra ilustrada, «uno de los más sazonados frutos de la literatura ilustrada»⁴¹, no se hizo esperar. Un canónigo sevillano, Pedro de Castro, escribió en 1772 *Lo que va de Alfonso a Alfonso*, apasionada defensa de la tortura, atacando al mismo tiempo muy duramente a Alfonso María de Azevedo. Más que la obra en sí, que no aporta ningún argumento nuevo y «sólo sabe aducir la letra de leyes anticuadas o silogismos propios de la más degenerada escolástica»⁴¹, nos interesan los problemas que tuvo para su publicación y la «censura» del Colegio de Abogados de Madrid.

Castro, como Azevedo, pertenecía a la Academia de la Historia y ésta debía dar su visto bueno para que se autorizase la publicación de la obra. Habían informado favorablemente el libro de Azevedo, pero, en resolución fechada el 26 de mayo de 1774, negaron su aprobación a *Lo que va de Alfonso a Alfonso* por «opuesta a las leyes y contraria a todas las leyes de la razón».

Pedro de Castro no desesperó y consiguió que en 1778 el Colegio de Abogados de Madrid emitiese un dictamen favorable. La obra fue publicada el mismo año, llevando como introducción, por mandato expreso del Colegio de Abogados, la censura⁴² que éste había hecho del libro.

El Colegio no sólo está de acuerdo con la publicación de la obra de Castro, sino que en el documento de censura hace una exaltada

³⁸ *Ibidem*, pág. 80.

³⁹ Azevedo: *Op. cit.*, pág. 172.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 182.

⁴¹ Domínguez Ortiz: *Op. cit.*, pág. 334.

⁴² Castro: *Defensa de la tortura*, Madrid, 1778, págs. I a XXII.

defensa de las ideas del canónigo; considera que su obra tiene «igual y acaso más mérito y justicia para ver la luz pública que el que tuvo la disertación de D. Alfonso María de Azevedo». A lo largo de todo el discurso atacará muy duramente la obra de Azevedo, en la que encuentra «cierto ayre insultante y ofensivo de nuestras Leyes Patrias», sus afirmaciones son juzgadas «arrojadas y no exentas de la temeridad» y su modo de proclamarlas escandaliza al Consejo; en vez de «una declaración injuriosa y audaz» debía haber seguido alguno de los cauces tradicionales para solicitar una reforma, por ejemplo pedir una consulta del Consejo. Punto este último en el que estriba, quizá, lo revolucionario de la obra de Azevedo que, como ya hemos visto, es poco clara, pues en principio acepta el tormento y luego se opone a su utilización en los Tribunales eclesiásticos.

El Colegio deja bien sentada su opinión acerca de la tortura en este documento: «Por más que la tortura aparezca inhumana y horrible (...) el mismo uso y felicidad con que se ha aplicado en sus casos determinados sabiamente por nuestras leyes y dirigido según su espíritu por fieles ministros, y los muchos delincuentes que por su medio han satisfecho a la vindicta pública, la califican a pesar de toda especulación de justa, útil y necesaria.

Y aunque no falte caso en que uno u otro inocente haya confesado el delito que no cometió y pereció afrentosamente a causa de faltarle constancia en el tormento para afirmar su inocencia, este daño particular no debe preponderar de ninguna manera al beneficio común de que fueron y han sido muchos los malvados que experimentaron por él su merecido castigo».

Se erige también aquella Corporación en defensora de la pena capital, argumentando que «si se hubiese de discurrir siempre en el gobierno de las repúblicas con tanta contemplación del particular no se formaría ley alguna, ni establecimiento útil: pues apenas podrá señalarse alguna que no combenga (sic) injuria privadamente (...). Y este es el fundamento de algunas leyes que a primera vista se ofrecen inhumanas e iniquias y no lo son en realidad».

Como la obra de Azevedo, según el Colegio, está bien escrita y tiene visos de verdad podría engañar y convencer a alguno, por lo que el Colegio pide se de a Pedro de Castro «licencia» para imprimir su libro «a no ser que se quiera defraudar al público en el derecho de avisarle y ser avisado de lo que sea o pueda serle nocivo».

Aconseja de todas formas a Pedro de Castro que cambie el título de su obra *Lo que va de Alfonso a Alfonso*, referencia a la comparación que se hacía entre el rey Alfonso X, el legislador de las Partidas, y Alfonso de Azevedo, por *Defensa de la tortura y de las leyes patrias que la establecieron e impugnación del tratado que escribió contra*

ella el Dr. D. Alfonso María de Azevedo, para así «satisfacer a aquellos genios escrupulosos...».

El escrito del Colegio de Abogados está fechado el 6 de julio de 1778, en Madrid, y lo firman: «Licenciado D. Vicente García Hernández: Decano; Licenciado D. Josef de la Vega Ordóñez; Doctor D. Gerónimo Vicente; Licenciado D. Miguel Gabaldón y López; Licenciado D. Vicente Jofi; Licenciado D. Antonio Rama Palomino; Licenciado D. Juan Antonio de Modinabeytia; Licenciado D. Mateo Alonso de Pedro: Secretario.»

Analizando este escrito nadie dudaría en afirmar que el Colegio de Abogados de Madrid en 1778 tenía una postura tradicionalista, totalmente alejada de la mentalidad ilustrada de la época. Y, sin embargo, conocemos a muchos abogados de Madrid que militan en las filas del reformismo. Otro dato más que causa extrañeza, Sempere y Guarinos en 1786 manifiesta que casi todos los abogados de Madrid están contra el tormento, que los jueces lo van «anticuando» y que «se cree con mucho fundamento que se abolirá por ley expresa» pues «apenas hay en Madrid Abogado de alguna instrucción que no conozca la necesidad de quitar de los Tribunales una práctica contraria a la humanidad y tan poco útil para la averiguación de los delitos»⁴³. Como señala Tomás y Valiente, esto implicaría un «rotundo cambio entre 1778 y 1786»⁴⁴.

El análisis de *El Censor* permite aportar algo de luz sobre este problema, pues en él se entabló una curiosa polémica epistolar entre L. P. y L. C. y Pedro de Castro sobre la censura realizada por el Colegio de Abogados.

L. P. y L. C. podrían ser Cañuelo y Pereira, ambos abogados inscritos en el Colegio de Madrid y editores de *El Censor*, pero de todas formas la paternidad de la carta no cambia la importancia de su contenido.

En el discurso LXIV se incluye una carta de L. P. y L. C., en la que expresan su indignación por la utilización de sus nombres en la aparición de un libro «hace cinco o seis años», libro con el que no están de acuerdo y que incluía la siguiente frase: «Apenas se podrá señalar ley alguna, ni establecimiento útil, que no contenga INJURIA privadamente.»

El libro a que se refieren es la obra de Pedro de Castro, la frase citada es una de las que incluía la censura del Colegio de Abogados.

En el discurso XCVIII, *El Censor* publica una réplica de Pedro de Castro. El canónigo ataca duramente a los defensores del tormento y vuelve a utilizar, como en su libro, argumentos anticuados.

⁴³ Sempere y Guarinos: *Op. cit.*, t. I, págs. 86-87.

⁴⁴ Tomás y Valiente: *La última etapa...*, pág. 152.

La controversia continúa, y en el discurso CXI, centrado en el problema de los apologistas, *El Censor* en una nota continúa con este tema. Aclara la significación de la carta de L. P. y L. C., insistiendo en que la publicó porque ellos se lo pidieron y porque había razones para ello, y defiende la abolición de la tortura. Dice que la carta es una crítica a la actuación de algunos individuos del Colegio de Abogados que firmaron la aprobación al libro de Pedro de Castro sobre la tortura como si fuesen todo el Colegio, sin el consentimiento y aprobación de los demás: «Porque según esto no lo es: ni razón, ni ley de Dios, que a muchos Abogados muy honrados y muy doctos se les haga decir y sentir lo que ni dicen, ni aun piensan, con el pretexto de llamar a la susodicha aprobación hecha por un solo individuo y adoptado por otros pocos, aprobación del Colegio»⁴⁵.

Estos datos permiten afirmar que en 1778 existía en el Colegio de Abogados una facción ilustrada opuesta a la tortura, quizá no mayoritaria como pretenden hacer creer en la carta L. P. y L. C., pues entonces su protesta por la aprobación del libro de Castro en nombre de todos no se hubiese hecho esperar tanto; pero sí importante y que fue creciendo con rapidez, como lo demuestra el juicio de Sempere en 1786, que alcanza plena significación en este nuevo esquema.

Continuemos ahora analizando las opiniones españolas durante el reinado de Carlos III sobre la abolición del tormento y otras reformas legislativas.

En 1782 se publicó en Madrid la obra de Lardizábal: *Discurso sobre las penas conthrido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*.

Es, sin duda, el libro más completo de los que llevamos citados de autores españoles. No se limita al tema de la tortura, aunque se preocupa de la polémica Azevedo-Castro, tomando claramente partido a favor del primero, con argumentos que toca prestados de Beccaria, sino que además, siguiendo siempre a Montesquieu y al italiano, se plantea una revisión de todo el sistema penal vigente.

Podemos hacer un rápido balance de sus ideas siguiendo el esquema utilizado para analizar el pensamiento de Montesquieu y Beccaria.

El origen de las leyes y de las penas es el mismo para Lardizábal que para Beccaria: «Quando los hombres para evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria se unieron en sociedad, es evidente que para que ésta pudiese conservar, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente a una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad o de la cabeza que eligieron, para poder gozar con más seguridad de la

⁴⁵ *El Censor*: Discurso CXI, pág. 805.

otra parte que se reservaban. Debieron por consiguiente estipular en este acto, a lo menos tácitamente, por ser un medio esencialmente necesario para conseguir el fin que se proponían y muy conveniente a las necesidades de los hombres, que todo atentado contra el bien común y de los particulares fuese castigado por la pública autoridad...»⁴⁶; hasta aquí su visión es absolutamente ilustrada. Pero Lardizábal y quizá a eso se debe el éxito que tuvo en su época, no llega nunca a abandonar su entronque con el pensamiento tradicionalista español; así, si bien considera el origen de las penas el pacto social, «la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Magestad (*sic*), esencialmente necesaria para el gobierno y conservación de la república, dimana del mismo Dios (...)»⁴⁷ y llega incluso a atacar a Rousseau, del que toma a través de Beccaria parte de su argumentación: «La experiencia sola, que vale por muchos razonamientos, basta para desmentir estas máximas y otras muchas igualmente absurdas e impías, de que abunda el contrato social de Rousseau (...). Si a los hombres inclinados ya por su naturaleza misma a la libertad e independencia, se les quita el freno y saludable temor de la religión, ¿qué puede esperarse sino alborotos, sediciones y desórdenes monstruosos, que teniendo en una agitación continua a la república, la precipiten al cabo en la anarquía y por consiguiente en su total ruina? Tales son los gravísimos daños y funestas consecuencias que deben seguirse naturalmente del contrato social en los términos que lo establece Rousseau y los que le han copiado después»⁴⁸.

Las penas tienen, pues, su origen en la vida en sociedad, pero el derecho de establecerlas proviene de Dios y lo detentan las Supremas Potestades. Estas *penas*, originadas en una curiosa amalgama de conceptos ilustrados y tradicionalistas, deben ser *proporcionados a los delitos* que castigan, pues si no «se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia...»⁴⁹.

Distingue cuatro tipos de delitos y distintos tipos de pena según el delito cometido. La división de los delitos está tomada íntegramente de Montesquieu, sin que Lardizábal cite esta procedencia:

«Todos los delitos que pueden cometerse se reducen a quatro clases: Contra la religión, contra las costumbres, contra la tranquilidad y contra la seguridad pública o privada»⁵⁰.

Penas, por tanto, *proporcionadas a los delitos, inmediatas* a éstos e *irreversibles*. La *finalidad de las penas* es ejemplificadora (como

⁴⁶ Lardizábal: *Op. cit.*, págs. 23-24.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ Lardizábal: *Op. cit.*, págs. 31-32.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 34.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 36.

en Beccaria y Montesquieu), deben servir para que los que no han cometido delito se vean impulsados a abstenerse de delinquir.

Beccaria defendía que las penas debían estar estrictamente fijadas en las leyes ocupándose los jueces únicamente de aplicarlas. Era un intento de evitar arbitrariedades, muy frecuentes en la época. Lardizábal vuelve a mostrarse más moderado que su modelo y defiende una cierta libertad de actuación para el juez: «... es preciso dexar a la prudencia del juez, la aplicación de la ley a ciertos casos particulares, que siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprehendan todos los casos que puedan suceder. (...). No creo, pues, que sea tan peligroso como pretende el marqués de Beccaria, el axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley»⁵¹. Una vez más, Lardizábal conjuga ilustración y tradición.

Una de las ideas más revolucionarias de Beccaria es su *medida del delito* tomando como única base el daño hecho a la sociedad. El moderado Lardizábal no deja de expresar su desacuerdo: «El marqués de Beccaria, que impugnó sólidamente las opiniones que quedan referidas acerca de la medida de los delitos, dice, que la única y verdadera medida es el daño hecho a la sociedad. Pero esta sentencia es igualmente defectuosa que las demás, si fuese verdadera, no habría diferencia entre los delitos cometidos por dolo, y los cometidos por culpa...»⁵².

Muy moderado, pero en la línea de la ilustración española, se muestra Lardizábal al oponerse a la *igualdad ante las penas*: «La clase, el estado, el empleo, etc., deben influir también en la diversidad de la pena. Un noble, por ejemplo, no debe ser castigado con el mismo género de pena que un plebeyo, un esclavo que un hombre libre, etc. (...), ¿quién duda que según la diversidad de las personas, la pena que para unos sería inútil, es bastante para contener a otros? Un destierro, el desagrado del Príncipe, hará tanta impresión a un hombre ilustre, como podrá hacer en un plebeyo una pena corporal y dura»⁵³. Con mentalidad actual su argumento parece injustificable, pero en la España del siglo XVIII la aceptación del argumento de Beccaria era impensable. Hay que tener en cuenta la procedencia social de los reformistas ilustrados españoles; algunos nobles y, sobre todo, pequeña nobleza y profesionales más cercanos a la gran nobleza que al resto del pueblo; se luchaba contra el comportamiento de la nobleza, pero sus privilegios y su puesto en la sociedad nadie los ponía en duda.

⁵¹ Lardizábal: *Op. cit.*, págs. 75-76.

⁵² *Ibidem*, pág. 104.

⁵³ *Ibidem*, págs. 144 a 146.

Para terminar con el pensamiento penológico de Lardizábal haremos referencia a sus ideas acerca de la pena capital y el tormento.

Al tratar sobre *la pena de muerte* de nuevo busca el punto medio. Cree que en muchas ocasiones se ha abusado de ella, lo que es muy de lamentar, pero tampoco está de acuerdo con los autores que han caído en el extremo contrario. Insiste en un moderado punto medio: «Negar a las Potestades Supremas la facultad de imponer la pena de muerte sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos. Imponerla sin discernimiento y con profusión sería crueldad y tiranía. Abolirla enteramente en un Estado sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos, que casi no pueden expiarse, sino con sangre»⁵⁴. De nuevo el derecho para imponer estas penas proviene de las facultades que las Supremas Potestades han recibido de Dios.

En cambio, Lardizábal es totalmente reformista en su postura frente al *tormento*. En este capítulo de su obra toma parte en la polémica que había tenido lugar entre Azevedo y Pedro de Castro, asumiendo todos los argumentos dados por Azevedo y enriqueciéndolos con ideas que provienen de Beccaria. Critica muy duramente a Castro, al que califica de «acérrimo defensor y protector de la tortura» No repetiremos los argumentos que utiliza, pues son los mismos que ya hemos visto en los autores citados: el tormento como pena; su falibilidad en el caso de considerarlo como una prueba; la importancia de la fortaleza física, que puede hacer que el culpable salga salvo...

Termina su obra con un ruego al Monarca para que acabe con el tormento: «... no faltarán (...) Magistrados Sabios y Piadosos que hagan ver a nuestro Soberano la crueldad juntamente con la inutilidad del tormento. Yo le diré, que por lo mismo debemos esperar, que el piadoso y benéfico Carlos III, convencido por las reflexiones y experiencia de sus Magistrados, en imitación del monarca francés, abolirá también en su Monarquía el tormento, y querrá señalar su dichoso Reynado con este nuevo acto de humanidad»⁵⁵.

La importancia de la obra de Lardizábal es grande, pues es el único texto español de la época en que están sintetizadas las que sin duda podemos considerar ideas reformistas de los ilustrados españoles. No son excesivamente innovadoras, pues se limitan a pedir la regulación de algo que ya existía de hecho: suavización de las penas, menor recurso a la pena de muerte, desaparición del tormento judicial... pero muestran un espíritu reformador que nos lleva a defender, como hace Domínguez Ortiz frente a Tomás y Valiente, la existencia

⁵⁴ Lardizábal: *Op. cit.*, pág. 165.

⁵⁵ *Ibidem*, págs. 288-289.

de un «cierto reformismo penal» en la época de los últimos Borbones.

Hay otros grandes personajes representantes de este pensamiento: Sempere y Guarinos, Jovellanos en su *Delincuente honrado*, Meléndez Valdés en su *Discurso forense...*, todos ellos siguiendo los pasos de Montesquieu y Beccaria, los grandes reformadores del siglo en materia penal. Pero vamos a centrarnos, por ser menos conocidos, en las críticas y soluciones propuestas, no por un jurista experimentado y en una obra dedicada especialmente al tema, sino por unos abogados de poco renombre y en un periódico, *El Censor*.

Periódico ilustrado publicado de 1781 a 1787 con una pequeña tirada, unos 500 ejemplares, tuvo una vida bastante azorosa por sus numerosos problemas con la censura. Perteneció al grupo denominado «espectadores» por Guinard y a través de sus «discursos», se vierten opiniones sobre todos los temas del momento: el teatro, el papel de la mujer, la nobleza, la verdadera religión, el mayorazgo..., y no podía faltar el análisis de la justicia. El enfoque que dará al tema será distinto al que encontramos, por ejemplo, en el *Discurso sobre las penas* de Lardizábal, pero veremos que las ideas que subyacen son las mismas.

Son pocos los discursos que *El Censor* dedica al tema y su ideología puede considerarse resumida en dos de ellos, publicados en marzo de 1784, el LXIV y LXV. Precisamente este último, por sus ataques al sistema legal, causó un gran malestar en el Consejo, que ordenó su retirada.

En el discurso LXV se publica una carta de un marroquí, que ha residido mucho tiempo en España, a su amigo Abu-Taleb. La utilización del estilo epistolar tuvo un gran auge en el siglo XVIII y no sólo en el campo estrictamente literario; también los periódicos gustaron de publicar cartas falsas, redactadas por el editor, en un intento de llegar más fácilmente al público.

No debe llamar la atención que estas cartas sean entre marroquíes; ya se habían publicado las *Cartas Persas* de Montesquieu y, si bien las *Cartas Marruecas* de Cadalso no se habían editado aún, muchos investigadores coinciden en señalar que ya circulaban en esta época. Elsa García Pandavenes, en su Antología de *El Censor*⁵⁶, habla de una posible influencia del *Spectator*, que en su número 50 publica las opiniones de cuatro reyes iroqueses que habían visitado Inglaterra; la visita fue real, pero las supuestas opiniones de los reyes son en realidad las de Addison.

La carta del marroquí se centra en la crítica al sistema legal es-

⁵⁶ García Pandavenes: *El Censor (1781-1787). Antología*. Barcelona, 1972, página 122 (nota 2).

pañol. Señala que frente a la idea general de una España gobernada por un rey que se apoya en «leyes permanentes y generales»⁵⁷, el sistema de gobierno español no responde en realidad a ninguno de los conocidos, «ni... aristocrático, ni democrático, ni de otras de aquellas especies de gobierno mixto, de que tu tienes idea»⁵⁸. En todos estos sistemas destaca el marroquí la absoluta necesidad de que exista «una potestad de hacer leyes, por las cuales hayan de decidirse todas las contiendas de los particulares»⁵⁹. En España, aunque todos atribuyan esta potestad al rey, el autor de la carta se niega a admitirlo y argumentará en contra de esta afirmación. Reconoce que de vez en cuando el rey hace alguna ordenanza y que existen «muchos y corpulentos volúmenes en que se hallan todos los que en diferentes tiempos fueron publicando sus príncipes». Pero «ninguno de estos tiene ya fuerza de ley y (...) los que se publican de nuevo tampoco la tienen, sino mientras que se levanta uno que las deroga a su fantasía»⁶⁰.

Esta será la base de la crítica de *El Censor* al sistema legal español, la excesiva importancia dada a la jurisprudencia. La preocupación que hemos visto en muchos reformistas por exigir unas leyes perfectamente estables y precisas, que no dejen mucho lugar a la interpretación, a la excepción, a la arbitrariedad, en suma, de los jueces, tenía un fundamento a juzgar por el furibundo ataque de *El Censor* a los magistrados y su queja por la inexistencia de unas leyes «permanentes», que le lleva hasta a dudar de la existencia de un sistema válido de gobierno.

El Censor quiso, sin embargo, dejar muy claro que el rey, Carlos III, con quien tenía buenas relaciones, debía quedar por encima de toda crítica. A lo largo de todo el discurso y entre crítica y crítica realiza una apología del monarca. Gracias a los documentos de censura referente a este discurso sabemos que el fragmento que contiene la alabanza a Carlos III, así como otros, fue incluido en el discurso después de pasar por la censura⁶¹. El por qué de esta actitud no está muy claro. Cañuelo y Pereira debían saber que ésto podía acarrearles problemas, como ocurrió, pues, fue uno de los argumentos invocados para retirar el discurso, pero quizá buscasen, pese al peligro, atraerse las simpatías del monarca.

Nos presentan a un rey amado por sus súbditos y que corresponde a este amor comportándose como un monarca ilustrado: «No trata sino de cómo ha de hacer a sus vasallos más ricos, más industriosos, más comerciantes, más agricultores, más sabios, más poderosos,

⁵⁷ *El Censor*. Disc. LXV, pág. 294.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 298.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 299.

⁶¹ A. H. N. Consejos. Leg. 5550, núm. 67.

más felices. Continuamente está dando medallas de oro o de plata, o algunas sumas de dinero a aquellos que escriben sobre los medios de conseguir estas cosas; y en lugar de aquel horrible y espantoso silencio, en que tiene a todos nosotros el temor y la opresión, no oírías aquí hablar sino de comercio, de industria, de agricultura, de artes, de prosperar el estado, de la gloria de la nación, etc.»; habla también de la creación de las Sociedades Económicas de Amigos del País, que «cuentan en su número los hijos mismos del príncipe» y presenta, en general, un panorama en exceso optimista⁶². Este era el ideal de *El Censor* y, como reconocerá en otros discursos, nuestro país estaba bastante lejos de alcanzarlo. Es una apología casi tan desorbitada como las de aquellos «apologistas» que tanto criticará Cañuelo en otra ocasión.

Ve como problema básico de la nefasta situación del sistema legislativo la facilidad con que una ley puede ser derogada «sin consultar siquiera al príncipe, ni al pueblo, ni a nadie (...). No tiene un hombre para esto más que hacer imprimir un libro bien abultado y escrito en una especie de lengua particular que llaman latín (...). En él puede derogar todas las leyes que le parezca; no a la verdad expresamente ni usando palabras que den a entender algún género de autoridad (porque si así lo hiciera, he oído decir que correría riesgo de que no le dejasen imprimir el libro) pero sí de mil modos indirectos (...), dando para ello cualquier razón, aunque sea una manifiesta sofistería, queda ya la tal ley en aquellos casos lo mismo que si nunca hubiera existido, y los jueces enteramente libres para seguirla, o separarse de ella»⁶³.

Esta facilidad para derogar las leyes o introducir elementos de modificación influye, según el marroquí, en la actitud de los jueces. Los comentarios que hace sobre ellos son tan duros que no debe extrañarnos que molestasen profundamente a los altos órganos de gobierno y que se ordenase su retirada de la circulación.

Narra el autor de la carta una conversación mantenida con un amigo suyo, juez, pretendiente a una judicatura en la capital. El marroquí le compadece por la dureza de su trabajo, pues un juez debe esforzarse mucho, estudiar, analizar con suma atención los hechos, incluso a veces fallar contra alguien a quien convendría tener contento. La supuesta respuesta del juez es sangrienta: «Nada de eso, me volvió a responder sonriéndose. Los jueces aquí ejercemos una autoridad todavía más arbitraria que la de vuestros cadíes, estos tienen al fin en su razón una regla invariable, de la cual podrá tal vez costarles caro el desviarse demasiadamente. Pero nosotros, exentos de

⁶² *El Censor*. Disc. LXV, pág. 298.

⁶³ *El Censor*. Disc. LXV, págs. 300-301.

ese yugo y sin estar por eso sujetos al de la ley escrita, cualquiera cosa que juzguemos estamos siempre sin riesgo. Sea cual fuere nuestro fallo, y por más injusto y contrario a la razón que a primera vista parezca, sabemos que alguno de nuestros autores lo ha de defender. Aunque haya ley terminante, estamos ciertos de que precisamente ha de estar derogada (...). Así que en esta seguridad gozamos de una profunda paz, y dormimos a pierna tendida. Por la mayor parte, ni aun el trabajo nos tomamos de registrar los autores. Y cuando no hay interés alguno a favor de alguna de las partes, sujetos conozco yo de mi profesión, que no hacen más que consultar a los dados lo que han de fallar»⁶⁴.

La situación que presenta *El Censor* es intranquilizadora: inestabilidad del sistema legal y un cuerpo judicial nada preocupado por un buen ejercicio de su función. El mismo expresa su temor: con «leyes sin efecto» y quedando todo al «arbitrio de los jueces» cualquier reforma será inviable, «Esta es la principal, si no la única causa, que hará siempre se fustren los grandes desvelos con que nuestro gobierno intenta la prosperidad de este estado; y que extendido como está en el día el espíritu de patriotismo, serían muy suficientes para llevar la nación al más alto punto de prosperidad y de grandeza»⁶⁵.

En el discurso LXIV el ataque de *El Censor* se centra en un aspecto concreto del funcionamiento del procedimiento judicial: *la tortura*.

El autor, casi con toda seguridad Cañuelo, nos da la razón por la que acomete este tema: muchos autores han tratado el asunto, don Alfonso María de Azevedo ha probado «la injusticia que se usa con el fin de arrancar de un reo dudoso la confesión del delito de que se le acusa»⁶⁶, pero nadie ha expuesto el argumento con toda la fuerza con que puede hacerse, por ello él acometerá la empresa.

Cañuelo es partidario del contrato social como origen del poder que detentan los gobernantes, pero, firme en su propósito de clarificar la cuestión del tormento, a la hora de analizar el derecho de la «Potestades» a imponerlo partirá de las dos ideas vigentes en el momento sobre el origen del poder: la absolutista y la pactista. Su argumento es que «los derechos de la Suprema Potestad en cualquier sociedad que sea no son más que el agregado de los que cada uno de sus individuos viviendo en estado natural con todos los demás que la componen, tendría sobre ellos», por tanto, «Sea que las potestades civiles vengan inmediatamente de Dios, sea que vengan del Pueblo mediante los pactos de sociedad; en cualquiera de las dos hipótesis me parece esto una verdad incontestable. Y esta famosa cuestión

⁶⁴ *El Censor*. Disc. LXV, págs. 302-303.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 305.

⁶⁶ *Ibidem*. Disc. LXIV, pág. 274.

que con tanto empeño sostiene lo primero los que defienden el tormento y lo segundo los más de los que lo impugnan; es a mi juicio enteramente inútil...»⁶⁷.

En el caso, que como buen ilustrado considera dudoso, de que los derechos de las Potestades viniesen de Dios, Este «no ha concedido... otros derechos sobre sus súbditos que los necesarios para el fin de la sociedad»⁶⁸; el fin de la sociedad defendido por *El Censor* en muchos de sus discursos es la felicidad temporal de todos los individuos, felicidad formada por la suma de las felicidades individuales. Es la de *El Censor* una visión más optimista y quizá más utópica que la de los autores que antes hemos citado, que veían como fin fundamental de la sociedad una mayor seguridad para el individuo, seguridad de que su libertad será salvaguardada.

Por tanto, dice *El Censor*, «los derechos de las Supremas Potestades, aunque los hayan inmediatamente de Dios, no pueden extenderse a más ni a menos que a esto mismo a que se extienden los derechos de todos los individuos que formen la sociedad»⁶⁹. ¿Cuáles son estos derechos?, se pregunta: «Estos se reducen a la total reparación de los daños que éste haya ocasionado o le ocasione. Para conseguirlo es, sin duda, menester no sólo que le haga restituir lo que por ejemplo le haya quitado, sino también que se reintegre en la seguridad de que así de parte del agresor, como de parte de todos los demás hombres debía gozar (...). El único arbitrio que queda al agraviado para reintegrarse en esta seguridad que le es debida, es hacer sufrir al que le ofendió un daño que le escarmiente, y cuyo temor sea capaz de contener a todos aquellos a quienes pudiese influir su mal ejemplo...»⁷⁰. En este caso justifica *El Censor* que un hombre haga daño a otro, pero en ningún caso tiene derecho un individuo a hacer daño a otro si no es «reo de cierto delito».

Así se adentra *El Censor* en el núcleo del discurso: el tormento que «es siempre un daño, una privación de un bien, una aflicción, un mal, una cosa por tanto que no se puede hacer padecer sino a un reo conocido...»⁷¹. Pero de nuevo introduce las dos ideas vigentes en el momento, el tormento-pena o el tormento-mal menor útil para conocer la verdad, para argumentar a partir de ambas y demostrar que el tormento es, desde cualquier punto de vista, injustificable.

Lo único que justificaría la existencia de este mal sería que por él llegásemos a un bien mayor; en el caso de la tortura judicial, que realmente tuviese valor probatorio y, además, que por su valor ejem-

⁶⁷ *El Censor*. Disc. LXIV, pág. 275.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 276.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *El Censor*. Disc. LXIV, pág. 278.

⁷¹ *Ibidem*, págs. 278-279.

plificador hiciese disminuir el número de delitos. *El Censor* cita países y épocas en que no ha existido el tormento e ironiza al respecto: «... terriblemente malos es menester que seamos nosotros en comparación de nuestros antepasados y de lo que son ahora los ingleses, suecos, prusianos y otros pueblos. Pues con no usar este remedio, si hay entre ellos más delitos que entre nosotros, es por lo menos sin duda que falta mucho para que haya dos veces tanto (...). ¿Y qué será si ni es en la mitad, ni en la tercera, ni en parte alguna disminuye el tormento los delitos»⁷².

Su oposición a la tortura se basa, pues, en tres hechos: es un mal, no tiene valor probatorio y no reduce el número de delitos. *El Censor* se nos presenta, por tanto, como partidario del pacto social; como defensor de la teoría de que los derechos de las autoridades no son mayores que los de un hombre en estado natural, y optimista en cuanto al fin de la sociedad y el papel de las leyes en ella y, sobre todo, opuesto a la tortura, a la que considera injusta y además inútil.

Sin pretender haber realizado un trabajo exhaustivo sobre las ideas reformistas en materia penal a lo largo del reinado de Carlos III, creemos que puede hablarse, como hace Domínguez Ortiz, de la existencia de un «tibio» reformismo en este campo. Como en muchos otros aspectos los ilustrados españoles no permanecieron al margen de las corrientes europeas. Conocían a Montesquieu y a Beccaria, entre otros autores legales, y los argumentos que se empleaban en otros países contra el tormento los encontramos de nuevo en boca de nuestros ilustrados. No sólo grandes personajes, como Lardizábal, Meléndez Valdés o Jovellanos se preocupan del tema; incluso un periódico de muy corta tirada, *El Censor*, participa en la polémica y nos proporciona datos de interés para analizar la postura del Colegio de Abogados frente a la obra de Castro.

El origen de las leyes, el derecho del hombre a castigar, los tipos de penas, su finalidad, la validez de la pena capital y el tormento judicial..., son preguntas que se hacen los ilustrados españoles y sus respuestas no difieren en lo esencial de las de un Beccaria, por citar un caso. Este reformismo teórico no llegó a plasmarse en una transformación del sistema penal, pero no se trata de una excepción, las reformas fallidas son una constante del siglo XVIII español, que habría que explicar haciendo referencia a factores ya señalados por importantes autores, destacando en este caso concreto la existencia de sectores tradicionalistas entre los jueces y los abogados.

⁷² *Ibidem*, pág. 283.