

La tortura judicial en el antiguo régimen. Orden procesal y cultura

Legal Torture in the Ancient Regime. Legal Order and Culture

ALEJANDRO AGÜERO

Doctor en Derecho. Profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de los proyectos de investigación HIJUR e HICOES.

RESUMEN

El presente artículo propone una mirada al pasado jurídico de occidente para comprender las condiciones bajo las que durante muchos siglos la tortura ocupó un lugar en el discurso y en la práctica procesal como instancia legítima dentro de la actividad de administración de justicia. Para ello se indagan las claves de un mundo estructurado bajo un paradigma radicalmente ajeno al del presente. Por ello no sólo se atenderá a las razones internas del discurso jurídico del antiguo régimen, sino también a aquellos aspectos que más claramente nos muestran la distancia que separa culturalmente aquel contexto del nuestro. Con estos elementos se propone una reflexión sobre el desarrollo de la praxis judicial de la tortura hasta el momento previo a su abolición formal, es decir, hasta su salida del discurso, para culminar reconsiderando algunos enfoques desde los que se suele narrar a la historia de este tipo prácticas procesales.

Palabras claves: *Tortura judicial, Procedimiento penal, Prueba judicial, Derecho Común.*

Este trabajo se enmarca en el proyecto HICOES III (SEJ 2004-06696) dirigido por el profesor Bartolomé Clavero a cuyo equipo de investigación (subgrupo Universidad de Madrid) pertenece el autor”.

Direito e Democracia	Canoas	vol.5, n.1	1º sem. 2004	p.187-221
----------------------	--------	------------	--------------	-----------

ABSTRACT

The article proposes a look at the western legal past in order to understand the conditions under which torture has been present for many centuries in legal practice as a legitimate jurisdiction within the activity of justice administration. For this purpose, the keys of a world structured under a paradigm radically strange to the present one were investigated. Therefore, not only the internal reasons of the ancient regime legal discourse will be considered, but also those aspects which more clearly demonstrate the distance that culturally separates that context from ours. With these elements, a reflection is proposed on the development of torture legal praxis up to the moment prior to its formal abolition, that is, till its withdrawal from the discourse, and, finally, a reconsideration is made on some foci from which the history of this kind of judiciary practices is usually narrated.

Key words: *Legal torture, Criminal proceeding, Judicial evidence, Common law.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones del pasado que más radicalmente se oponen a la sensibilidad jurídica del presente es la de la tortura judicial. Los valores y principios que orientan el discurso jurídico político en occidente no dejan resquicio alguno para justificar el uso de la tortura como parte de un proceso de administración de justicia. Admitir su justificación significaría poner en riesgo las creencias fundamentales desde las cuales se concibe la sociedad actual. Significaría una fractura severa en los principios de autonomía de la voluntad y de incolumidad de la integridad física de los individuos¹. Lamentablemente, el hecho de que no tenga lugar posible en el discurso moral no implica necesariamente que la tortura (no ya judicial) haya sido erradicada. Permanece, en ciertos casos como consecuencia de excesos no debidamente prevenidos, pero en muchos otros con la connivencia de las autoridades políticas, ya sea por su apoyo a fuerzas de tarea clandestinas ya por la conservación de una legislación

¹“La prohibición de los malos tratos a las personas privadas de libertad tiene un carácter absoluto”. “Los fundamentos sobre los cuales reposa todo comportamiento civilizado hacen generar repulsión hacia los malos tratos, incluso cuando revisten las formas más moderadas”. Estos son dos de los principios que rigen la actuación del Comité para la Prevención de la Tortura creado para monitorear el cumplimiento de la Convención Europea para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes de 1987. v. CRUZ ROS, J. *El Comité para la Prevención de la Tortura. Fijación de estándares para mejorar la protección de las personas privadas de libertad*, Valencia 2001, pp. 16-17.

procesal que permite el encuentro oculto, *incomunicado*, entre detenido e investigador policial y que admite judicialmente la información obtenida en ese momento ciego en el que un hombre se encuentra a merced de toda una organización de poder. En muchos casos unas simples medidas legislativas bastarían para evitar estas circunstancias o para invalidar cualquier información obtenida en situaciones de incomunicación, tal como lo recomiendan sistemáticamente las organizaciones de derechos humanos.

Curiosamente, esa adherencia de la tortura a las prácticas represivas en occidente se opone diametralmente a su consideración en el discurso que estructura y da sentido, desde las grandes revoluciones liberales, a las instituciones jurídico políticas. Cuando en el siglo XVIII el pensamiento ilustrado cargaba sus tintas contra la práctica del tormento, hasta entonces formalmente vigente en casi todos los tribunales de la Europa continental, lo hacía desde un ideal de superación progresiva de la historia y llamaba a las potencias europeas a seguir los pasos de la “*muy civilizada*” nación inglesa que conservaba una tradición de rechazo a la tortura.² En aquel contexto iluminista la barbarie del pasado y la “civilización” de un futuro alumbrado por la razón humana podían entonces ponerse en juego en el trance de aceptación o rechazo a la práctica del tormento judicial. Desde entonces la tortura fue desapareciendo, y desapareció, de los registros y de las formas consideradas legítimas, para recluirse en las acciones de poder clandestinas o en los entresijos de la investigación policial no controlada. El cambio de todo un mundo de significados está por detrás de este paso a la clandestinidad.

No podemos responder aquí a la cuestión que tal vez resulta más acuciante para la protección actual de los derechos, es decir, la de saber por qué estando cerradamente deslegitimada su práctica y pudiendo tomarse medidas para prevenirla, se conserva. Lo que sí podemos hacer desde la historia jurídica, es tratar de comprender cuáles son las condiciones bajo las que durante muchos siglos estuvo presen-

² Cfr. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona 1993, Cap. XVII, p. 75. El desarrollo del sistema de juicio por jurado hacia el siglo XII-XIII, apartándose de la tradición del derecho común continental, habría minimizado el recurso al procedimiento inquisitivo y, consecuentemente, a la tortura. Pese a ello, no se puede decir que la tortura fuera completamente ajena a la historia inglesa. Cfr. HEATH, J. *Torture and English Law. An Administrative and Legal History from the Plantagenets to the Stuarts*, Westport-Londres 1982.

te como instancia legítima dentro de un proceso judicial. Para ello proponemos mirar al pasado intentando encontrar las claves de ese mundo de significados distintos. Y las encontraremos por un lado en las *razones* internas del discurso jurídico del antiguo régimen (II), pero también en aquellos aspectos que más claramente nos muestran la distancia que separa culturalmente aquel contexto del nuestro (III). Con estos elementos podremos reflexionar sobre el desarrollo de su praxis hasta el momento previo a su abolición formal (IV), es decir, hasta su salida del discurso, para culminar con una breve reflexión sobre los enfoques desde los que miramos a la historia de estas prácticas procesales (V).

II. ORDEN PROCESAL Y TORTURA: LA DISCIPLINA DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMÚN.

La reflexión teórica y la puesta en práctica de la tortura en el proceso judicial coincide con una época en la que, suele decir la historiografía procesal, los medios *racionales* de prueba (y en general de procedimiento) reemplazaron a los mágicos y supersticiosos ritos ordálicos. Es decir, cuando en la llamada baja edad media se difundió por las cortes europeas la cultura del *ius commune* y, con ella, los esquemas procesales del derecho romano canónico.³ En Castilla, por ejemplo, bajo el influjo de este movimiento cultural, fueron precisamente los textos de la llamada “recepción”, los que articularon el orden procesal del *ius commu-*

³ El sistema de prueba romano canónico se presenta como “rationnel sinon rationaliste puisqu’il donne la préférence à la raison sur la révélation (fait d’autant plus remarquable que des hommes d’Eglise ont pris une part essentielle à son élaboration) et à la sensation sur la raison elle-même « *quia nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu* » : d’où la place qu’il donne au notoire et, de l’autre côté, le rejet des moyens irrationnels comme les ordalies”. LÉVY, J. P. “Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age”, en *RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN*, XII, Bruselas 1965, pp. 137-167, p. 166. “El procedimiento del derecho canónico del Siglo XII, más moderno, más racional y más sistematizado, ofrecía un notable contraste con las instituciones más primitivas, formalistas y flexibles que habían prevalecido en los procedimientos judiciales germánicos en siglos anteriores. De hecho, los principios de razón y de conciencia fueron proclamados por los juristas eclesiásticos como armas contra el formalismo y la magia del derecho germánico. El ejemplo más notable de esto fue el decreto del Cuarto Concilio Lateranense de 1215, que prohibió a los sacerdotes participar en ordalías.”. BERMAN, H. J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. M. Utrilla de Neira, México 1996, p. 264.

ne.⁴ Desarrollado bajo el ideal de asegurar que la decisión fuese consecuencia de una certeza indubitable sobre los hechos en litigio, el rigor formal (de ahí su complejidad técnica) se convertía en el antídoto para que la frágil conciencia humana, susceptible de engaño y de pasiones, pero elevada a la *sacra* condición de juez, pudiera llegar a aquel estado de convencimiento. A ello obedecían, no sólo un régimen estricto de nulidad por vicios *in procedendo*, un flexible sistema de recursos y unas amplias posibilidades recusatorias, sino también y fundamentalmente, una esquematización cualificatoria y tasada de los elementos probatorios, graduados en función de un valor objetivo de convicción asignado apriorísticamente. De este modo se esperaba que el estado de certeza fuera un exclusivo producto de las pruebas formalizadas en el proceso, sin contaminación de la sospechosa conciencia del juzgador⁵. Por ello también, la rigurosa constancia escrita de todo lo actuado, hasta los más mínimos detalles, se convertía en el elemento esencial que fijaba el peculiar universo de cada proceso: “*quod no est in actis, non est in scriptis, non est in hoc mundo*”.⁶

⁴ Para esto y lo que sigue PÉREZ MARTÍN, A. “El ordo iudicarius ‘ad summarium notitiam’ y sus derivados” en *Historia, Instituciones, Documentos* [H.I.D.], 8, 1981, pp. 195-266, ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal en Castilla – Siglo XIII-XVIII*, Salamanca 1982. *psim*, esp. pp. 13-63; VALLEJO, J. “La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas” en *A.H.D.E.*, LV, 1985, pp.495-695; BERMEJO CASTRILLO, M.A. “Evolución del proceso penal en el ordenamiento español. El ejemplo de la prueba” en SCHOLZ, J.M – HERZOG, T. (eds.) *Observation and Communication. The construction of realities in the Hispanic World, (Ius Commune n. 101)*, Frankfurt am Main 1997, pp. 563-605. Un panorama sobre la historiografía procesal española, en VALLEJO, J. “Historia del proceso, procedimiento de la historia. Diez años de historiografía procesal en España” en CLAVERO, B., GROSSI, P., Y TOMÁS Y VALIENTE, F. (coords.), *Hispania, entre derechos propios derechos nacionales: atti dell’incontro di studio Firenze-Lucca 25-26 de mayo 1989*, Milán 1990, t. II, pp. 885-913, y tiene interés, del mismo autor su “Recensión a M.P. Alonso, *El proceso penal*, en *A.H.D.E.*, LV, 1985, pp. 818-820; ALONSO ROMERO, M. P. “El proceso penal en la Castilla moderna” en *Estudis*, 22, 1996, pp. 199-215.

⁵ SALVIOLI, G. “Storia della procedura civile e criminale”, en DEL GIUDICE, P. (dir) *Storia del diritto italiano*, v. III, 2 t, Florencia 1696, esp. t. 2, pp. 465 y ss; LÉVY, J. P. “L’évolution de la preuve, des origines a nos jours”; ID., “Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age”, ambos en *RECUEILS DE LA SOCIETE JEAN BODIN*, XII, Bruselas 1965, pp. 9-70 y pp. 137-167, respectivamente; ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...* pp. 222 y ss.

⁶ El aforismo aparece recogido en una de las más divulgadas obras sobre el procedimiento de la literatura del *ius commune*, DURANTE, G. *Speculum iudiciale*, Lugduni 1539, cit. por ALONSO ROMERO, M. P. “El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla”, en *Derecho y proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, 2001, pp. 23-53, p. 28. “Las instrucciones impartidas a los inquisidores romanos del siglo XVII, por ejemplo, les recomendaban que se aseguraran de que el notario, que debía estar presente en todos los interrogatorios, transcribiera «no sólo todas las respuestas de los acusados, sino también cualquier otra observación y comentario que pudiera hacer y toda palabra que pronunciaran bajo tortura, incluso todos los suspiros, todos los gritos, todos los lamentos y sollozos»” BURKE, P. *Hablar y Callar. Funciones sociales del lenguaje a través de la historia*, trad. de Alberto L. Bixio, Barcelona 1996, p. 33. La cita dentro de la cita corresponde a MASINI, E. *Sacro Arsenal*, Bolonia, 1665, p. 157. En este sentido se ha sostenido que en el origen del procedimiento canónico el interés por la constancia escrita era tan exagerada que “claramente revela un elemento de magia”, BERMAN, H. *La formación...* p. 265.

Ciertamente que este esfuerzo cultural no se articulaba en torno a la necesidad de proteger unos derechos individuales por entonces inimaginables, sino que se orientaba en función del respeto a un orden *objetivo* custodiado por teólogos y juristas, adjudicado a una razón divina y natural, y asumido como orden de justicia – en sentido absoluto – tanto para cuestiones formales como sustanciales. Si había un orden procesal era porque así debía hacerse justicia. Aquella noción ontológica de justicia se sobreponía a cualquier disposición positiva y hacía impensable una vinculación de los jueces a la ley humana por mera razón de obediencia política. Entre los arcanos de aquel orden explicitado trabajosamente en la literatura de la jurisprudencia civil y canónica se debían encontrar las formas y las razones para *hacer justicia*. Razones que la no obligatoriedad de fundamentar las sentencias permitía conservar en secreto⁷. En consecuencia, a falta de un control de legalidad (de *lex positiva*), el respeto a las formalidades procesales junto con el riguroso estatuto personal de los jueces se presentaban como los mecanismos de garantía de justicia, en un orden social en el que el poder político fluía por medio de dispositivos esencialmente jurisdiccionales⁸.

Del mismo modo que ocurría con los principios estructurales de la sociedad de antiguo régimen, los elementos esenciales del orden procesal se consideraban fundados en el derecho divino. No faltaban las referencias a los textos sagrados para sostener la necesidad de seguir un orden formal previo al castigo. La imagen de dios que aún sabiéndolo todo inquiriere igualmente a Adán sobre su pecado, era el punto de partida para considerar el origen divino de la citación y de los juicios.⁹ Por su asignación a ese orden natural, una mínima formali-

⁷ La regla general del *Ius commune* sostenía que, “*Iudex non tenetur exprimere causam in sententia*” y ello se fundaba en “*propter praesumptionem iuris quae est pro iudice*”. La regla de no motivar se relacionaba así directamente con la *praesumptio iuris* que dotaba al juez de una especial *auctoritas iudiciaria* que podía ser puesta en duda si, con motivo de dar un fundamento, se insertaba en la sentencia una *causa falsa*. MASSETTO, G. P. “Sentenza (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, XLI (1989), pp. 1200-1245, p. 1224.

⁸ Para dichas garantías de justicia, en la experiencia castellana, véase GARRIGA, C. y LORENTE, M. “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855) en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), p. 97-142. Sobre el carácter esencialmente jurisdiccional de los mecanismos de poder político en el antiguo régimen, COSTA, P. *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano 1969; HESPANHA, A. M. “Representación dogmática y proyectos de poder” en ID., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid 1993, pp. 61-84. VALLEJO, J. *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid 1992.

⁹ Estas referencias en la doctrina pueden verse en, ALONSO ROMERO, M. P. “El solemne orden de los juicios...p. 42 y en ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova Legale e Pena - La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979, p. 370.

dad y justificación previas a cualquier acto represivo resultaba incluso oponible legítimamente al propio poder del rey. Como decía un jurista castellano del XVI, “*quando el Rey por algun enojo, sevicia, o passion, sin orden, è inadvertidamente mandasse quitar la vida à alguno, que entonces no se ha de obedecer a la tal provisión, ò cédula...*”.¹⁰ Pero el orden del proceso funcionaba como garantía de justicia en la medida en que fuesen respetados sus elementos esenciales que se hacían operativos en calidad de *iura naturalia*. Extensivos a toda clase de procesos, esos elementos comprendían el derecho de ser citado y oído, el de conocer los nombres de los testigos de cargo, así como los postulados que afirmaban el derecho a la recusación, y las interdicciones de ser juez en causa propia y de condenar dos veces al mismo reo por el mismo delito.¹¹ A través del juego de estos principios la jurisprudencia establecía las condiciones procesales requeridas para hacer justicia y, entre ellas, las referidas a la prueba y la certeza necesaria para condenar en el fuero criminal.

Los textos jurídicos explicaban que las pruebas para llegar a una condena justa debían ser “*leales, e verdaderas, e sin ninguna sospecha*”, al tiempo que pudieran considerarse “*ciertas, claras como la luz, de manera, que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna*”.¹² Con este tipo de afirmaciones se pretendía excluir condenas basadas en meras sospechas o pruebas indirectas. La exclusión de los indicios como prueba suficiente para la condena constituía una regla axiomática en el procedimiento penal del *ius commune*.¹³ Por contrapartida, la confesión era estimada como “*probatio luce clarior*”¹⁴, y representaba así el extremo opuesto a la insuficiencia de los

¹⁰ CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra* (1597), Amberes 1704, ed. facsimilar Madrid 1978, Lib.II, Cap.X, n.76 y en general, ns.69-78. Y no era precisamente un jurista del que se pudiera dudar de su devoción al príncipe y de su clara tendencia regalista. Cfr. últimamente TRUMAN, R. W. *Spanish treatises on government, society and religion in the time of Philip II. The 'De Regimine Principum' and associated traditions*, Leiden, Boston, Köln, 1999, pp. 164 y ss.

¹¹ GORLA, G. “*Iura naturalia sun immutabilia*». I limiti al potere del «Principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII” en *Diritto e potere nella teoria europea - Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana de Storia del Diritto*, v. 2, Firenze 1982, pp. 629-684, p.639-640.

¹² *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López* (1555) ed. facs., Madrid 1985, P. 7, 1, 26. [Se cita el número de partida, título y ley respectivamente].

¹³ “*...dicit Gandinus...q omnes sapientes, quos Bononiae & alivi, dixerunt: & ita vidit consuetudine observari, q propter talia indicia, vel similia, non possit quis diffinitivè in personam damnari...*” LÓPEZ, Gregorio, glosa “*Dubda ninguna*” a P.7, 1, 26.

¹⁴ *Ibid.*, glosa “*Ciertas, e claras*”, citando palabras de Bartolo.

indicios, haciendo plena prueba para la condena¹⁵. Dos testigos “*mayores, de toda excepción*”, deponiendo lo que habían presenciado, (“*de ciencia cierta*”) también hacían “*plena probanza bastante para condenar*”.¹⁶ Por debajo de la plena prueba, por un fraccionamiento matemático (“*pues si dos testigos hacen plena prueba, uno la hará semiplena*”¹⁷), se introducía la prueba semiplena que normalmente no era suficiente para condenar a una pena ordinaria, pero sí para proceder contra el reo y someterle, en su caso, a tormento; y así se podía seguir descendiendo en el valor de cada elemento de sospecha.

Los enunciados axiológicos que orientaban este tipo de discurso probatorio pretendían que la condena estuviese basada en una certeza producto de evidencia objetiva y, en consecuencia, no se admitía que la libre convicción del juez fuese razón suficiente para decidir. Por ello los indicios no hacían plena prueba, porque ellos sólo producían “*cierta inclinación del ánimo*” en el juez, lo que no servía para fundar una decisión sobre la vida de un hombre.¹⁸ Bajo determinadas condiciones, en dicho contexto, se podía sostener que era más *razonable* arrancar la confesión por el tormento, que condenar sobre la base de indicios. Desde este punto de vista, el tormento tenía su justificación discursiva junto con todos aquellos elementos que debían operar para evitar una condena sin pruebas suficientes: “*...iudex qui non habet aliam probationem quam indicia quaecunque sint, tutius faciet si extorqueat confessionem per torturam...*”.¹⁹ Como

¹⁵ “E porende el Jvdgador, ante quien es fecha la conocencia, debe dar luego juyzio afinado por ella; si sobre aquella cosa que conocieron fue comenzado el pleyto ante por demanda, e por respuesta. Esso mismo dezimos, si la conocencia fuesse fecha en juyzio en pleyto criminal, en qual manera quier” P. 3, 13, 2. A tal punto se consideraba plena prueba, que no faltaban autores que la equiparaban a los casos de *notorium iuris*, ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...* p. 228. El punto de conexión entre confesión y delito notorio, se daba bajo el concepto de *notorium iuris*, construido a partir del principio “*confessus pro iudicato*”, Cfr. LÉVY, J. P. “Le problème de la preuve dans les droits savants...”, p. 164; SALVIOLI, G. “Storia della procedura...”, t. 2, p. 445 y 457. Sin embargo, en las prácticas del XVII, ya se había comenzado a considerar que la sola confesión no era suficiente para la condena, si al menos no iba acompañada de otros elementos o constaba claramente en ella el delito. Cfr. HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, (1603), Madrid 1771, P. III, § 13, n. 14, p. 222.

¹⁶ HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica...* P. III, § 15, n. 11, p.226; v. P. 3, 14, 12.

¹⁷ GUTIÉRREZ, J. M. *Compendio de las Varias Resoluciones de Antonio Gómez*, Madrid 1789, pp. 75-77.

¹⁸ Generalmente la rigidez de este sistema probatorio suele explicarse en consideración a los cambios que implicaba pasar de un sistema de intervención divina a otro que debía confiar en los hombres para hacer justicia. Langbein lo ha expresado muy gráficamente: “How could men be persuaded to accept the judgment of professional judges today, when only yesterday the decision was being remitted to God? The system of statutory proofs was the answer. Its overwhelming emphasis is upon the elimination of judicial discretion, and that is why it forbids the judge the power to convict upon circumstantial evidence.” LANGBEIN, J. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago 1977, p. 6.

¹⁹ Así lo podía afirmar el glosador de las partidas, citando a Baldo:, LÓPEZ, G., glosa *Dubda ninguna*, P7, 1, 26.

lo señalaba un autor castellano del siglo XVII, siguiendo esta misma idea, “*donde no se practica [el tormento], usan los jueces de otro extremo, en mi sentir, peligroso, pues en delitos de pena capital, los indicios que aquí son suficientes para una rigurosa tortura, allá son bastantes para que en su consecuencia se condene el reo a muerte, y respectivamente parece especie de impiedad*”²⁰. La *impiedad* consistía en imponer una pena ordinaria sin haber alcanzado el estado de plena prueba.

El rigor esquemático de las reglas probatorias, el valor que en ellas se asignaba a la confesión y el marcado cariz inquisitivo que adquirió el procedimiento ordinario convirtieron al tormento en un paso casi inevitable del enjuiciamiento criminal²¹, aun cuando siempre hubiera habido dudas de su eficacia e incluso pudiera dudarse de su justicia. Los textos romanos que los juristas bajomedievales utilizaban como depósito de legitimación del *ius commune* advertían sobre la falibilidad del tor-

²⁰ FERNANDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G. *Practica Criminal* (1672) Madrid 1756, p. 231.

²¹ Las explicaciones más convincentes de la historia jurídica se orientan a ver en el rigor del sistema probatorio la clave para entender la relación de dependencia entre la confesión arrancada compulsivamente y el éxito del proceso penal. Cfr. LANGBEIN, J. *Torture and...*, pp. 5-12. “Los rigores de la prueba, tanto formal como racional, eran tales que a menudo resultaba muy difícil establecer los motivos de convicción en casos penales. Fue este hecho más que ningún otro el que con el tiempo condujo al difundido uso de la tortura para arrancar testimonios y especialmente para obtener la ‘reina de las pruebas’: una confesión. En los casos en que se dudaba del estado mental del acusado – los casos de herejía eran el primer ejemplo – nadie estaba calificado para prestar testimonio con respecto a su estado mental más que el propio acusado, y no había manera más segura de obtener su confesión de un estado mental delictuoso que el empleo de la fuerza física” BERMAN, H. *La formación...*, p. 265. Destacándose también el papel de la confesión en el procedimiento romano canónico: “A diferencia del derecho griego y el romano, el lugar de la confesión en el procedimiento legal, y no el estatus del acusado o la naturaleza del crimen, explica la reaparición de la tortura en el derecho medieval y de comienzos de la era moderna” PETERS, E. *La tortura*, trad. por Néstor Miguez, Madrid, 1987, p. 65. Igualmente Alec Mellor: “El sistema inquisitorio, es por el contrario [en relación al acusatorio], un sistema docto. Sus pruebas son el escrito, el testimonio, y sobre todo la confesión, y es el alto valor reconocido a este último sistema lo que explicará el desarrollo de la tortura” MELLOR, A. *La tortura*, trad. por José Goñi Urriza y German O. Galfrascól, Buenos Aires 1964, p. 64. En un análisis de mayor profundidad filosófica, también Michel Foucault pone el acento en la confesión como una necesaria representación de la instrucción escrita típica del proceso inquisitorio; y a partir de allí la necesidad de la tortura: “Por la confesión, el propio acusado toma sitio en el ritual de producción de la verdad penal. Como lo decía el ya derecho medieval, la confesión convierte la cosa en notoria y manifiesta...” “...debe ser, en el procedimiento, la contrapartida viva y oral de la instrucción escrita,...debe ser su réplica...” “Esta doble ambigüedad de la confesión (elemento de prueba y contrapartida de la información; efecto de coacción y transacción semivoluntaria) explica los dos grandes medios que el derecho criminal clásico utiliza para obtenerla: el juramento que se le pide prestar al acusado antes de su interrogatorio...; la tortura (violencia física para arrancar una verdad que, de todos modos, para constituir prueba, ha de ser repetida después ante los jueces, a título de confesión “espontánea”) FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 12ª. ed. en español, México, 1987, p. 44 - 45

mento²². Por otra parte los juristas, conociendo esa advertencia, no dejaban de interrogarse a cerca de lo injusto que parecía someter a un trance doloroso a alguien por unas simples sospechas²³. En virtud de estas consideraciones todos advertían que la cuestión del tormento era materia muy *delicada* y *peligrosa* y, en consecuencia, la disciplina teórica de la institución era muy rigurosa:

Sólo se daría tormento cuando de la fase de investigación resultasen pruebas contra el acusado pero no suficientes como para alcanzar el estado de plena prueba (no se daría si este estado se hubiese alcanzado por otra vía) y cuando no hubiese otro modo posible de alcanzarlo (carácter subsidiario de la *cuestión*). En ese estado probatorio intermedio, sólo se daría tormento cuando el delito investigado estuviese castigado con una pena aflictiva o con pena de muerte, de suerte que no resultase la investigación más gravosa que la probable pena (nunca se daría en caso de delitos leves o castigados con destierros o penas pecuniarias). Sólo se ejecutaría tormento cuando el reo fuese de condición no privilegiada o no pudiese alegar a su favor ninguna de las inmunidades que la jurisprudencia concedía en función de la condición estamental o física o en virtud de otros intereses colectivos, como aquellos que ejercían un oficio útil para la república. Como cualquier decisión interlocutoria que causaba un gravamen irreparable, la sentencia que ordenaba el tormento era, en teoría, siempre apelable. El juez era responsable si por exceso el reo quedaba lesionado o moría durante

²² “Se declara en las Constituciones, que ni siempre, ni nunca, se ha de dar crédito al tormento, porque es cosa frágil y peligrosa, y que miente la verdad; porque muchos con su sufrimiento o resistencia para los tormentos de tal modo menosprecian los tormentos, que de ninguna manera se les puede arrancar la verdad; otros, son de tan poco sufrimiento, que prefieren mentir sobre cualquier cosa a sufrir los tormentos;...” Digesto 48, 18, 1, par. 23. *Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto traducido al Castellano del Latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por el Dr. Idelfonso García del Corral, Barcelona, 1898.* Esta misma idea puede encontrarse en casi todas las fuentes de la época e incluso utilizada como argumento en las del movimiento abolicionista del siglo XVIII.

²³ “An sit justum torqueri delinquentem?”, se pregunta Antonio Gómez, el príncipe de los juriconsultos hispanos, en el primer punto que le dedica a la cuestión del tormento. Tras reconocer la apariencia de injusticia y acusar noticia de la advertencia del Digesto, viene la justificación basada en el bien público y la necesidad de reprimir los delitos ocultos. La injusticia es sólo aparente porque el tormento tiene la autoridad del derecho común y porque se da bajo unas condiciones precisas que estipula su disciplina: “Et in primis videtur, quod iniquum & injustum sit, quod homo liber torquatur, & dilaceretur pro eruendo delicto in casu dubio & incerto: quia fortè dolore & tormento confitebitur contra veritatem quod non fecit; maxime, quia illo tempore non videtur compos mentis, nec in plectitudine intellectus, Sed sustinendo ius commune dico, quod imo est justum & rationabile pro bono publico, ne delicta remaneant impunita: quia aliàs, cum regulariter delicta fiant occultè, vix posset veritas cognosci, & daretur materia delinquendi, & sequeretur maximum praejudicium reipublicae. Confirmatur etiam, quia tortura semper datur praecedentibus indiciis, & sic videtur justa. Item etiam, quia requiritur ratificatio confessionis postea ex intervallo liberè, & sine tormento.” GÓMEZ, A. *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii, libri tres* (1552) Madrid 1780, cap. XIII, n.1, p. 265.

la *cuestión*. Por eso se desaconsejaba usar métodos insólitos o exquisitos que no estuvieran avalados por la práctica y la opinión común de los doctores. Antes de la ejecución se recomendaba conminar tres veces al reo para que confiese libremente (la última una vez puesto ya en el potro). Para que la confesión obtenida en el tormento pudiese ser usada contra el reo, es decir, para que fuese judicialmente válida, debería ser ratificada “libremente” por el propio acusado un día después de la tortura en un sitio apartado del escenario de la ejecución y lejos de la vista de los instrumentos utilizados para torturarlo. En caso de que el reo se negase a ratificar su confesión se podría proceder a la reiteración del tormento según la condición social del acusado, la gravedad del delito y la *vehemencia* de los indicios, pero en ningún caso se sometería al reo a más de tres sesiones de tortura. Finalmente, si después de todo el reo no confesaba o se negaba a ratificar lo afirmado durante la tortura (incluidas sus reiteraciones) se le dejaría libre, absolviéndolo de culpa y cargo por considerarse demostrada su inocencia²⁴. Con estas normas se modelaba un instituto que sabiéndose delicado y peligroso y aún siendo en apariencia injusto, se creía entonces necesario para probar y castigar los delitos graves y ocultos.

III. ORDEN PROCESAL Y CONTEXTO CULTURAL

Si el orden procesal del derecho común y sus reglas de prueba pueden calificarse de “rationales” por oposición al orden de creencias que domina la lógica de las ordalías, es necesario recordar la distancia cultural que separa al mundo del derecho común de la “racionalidad” que consideramos hoy como valor de un determinado esquema institucional.²⁵ Como hemos visto, se considera que el orden procesal romano canónico se impuso en nombre de

²⁴ La disciplina podía variar en algún detalle de un lugar a otro, pero estos eran los postulados esenciales del instituto según la literatura del derecho común. Para esta síntesis, además de las fuentes a las que hacemos referencia a lo largo del trabajo, especialmente todas las leyes del título 30 de la Partida 7 y sus glosas respectivas, hemos usado FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria nel diritto Comune*, 2 t., Milano 1953-54, esp. t. 1, caps. III, IV y V y t. 2, caps. VI, VII y VIII; TOMÁS Y VALIENTE, F. *La tortura en España*, 2ª edición, Barcelona 1994; ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal*...p. 248 y ss.; ALONSO ROMERO, M. P. “La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX) en DURAND, B. (ed.) *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, Lille 2002, pp. 477-506, *passim*.

²⁵ Últimamente se debate sobre la conveniencia o no del uso de adjetivos tales como racional/irracional para calificar un sistema de prueba de una experiencia cultural pasada. Volveremos luego sobre este tema. Por ahora remitimos a VAN CAENEGEM, R. C. “Reflexions on rational and irrational modes of proof In medieval Europe” en *Revue d’Histoire du Droit*, n. LVIII-3, 1990, pp. 263-279.

los principios de razón y de conciencia que “fueron proclamados por los juristas eclesiásticos como armas contra el formalismo y la magia del derecho germánico”.²⁶ Y es cierto que el proceso judicial bajomedieval representa un cambio importante en el modo de resolver las disputas desde que se orienta en función de un esquema que pretende ser cognoscitivo y que, al mismo tiempo, implementa una poderosa tecnología como la escritura que facilita, entre otras cosas, el control jerárquico y que por entonces apenas estaba difundida más allá de los altos tribunales²⁷. Es cierto que hay indagación y que se busca la comprobación histórica de un enunciado como razón para una decisión que se asume humana (o casi humana si consideramos el carácter sagrado que se asigna a los jueces), y que no depende, en principio, de una manifestación directa de dios. Aun así existen precondiciones culturales que operan sobre la comprensión de las instituciones jurídicas y que conforman su contexto de significación que no podemos dejar de lado cuando miramos cualquier experiencia jurídica pasada.

No nos referimos sólo a las concepciones que dan fundamento a un orden social radicalmente ajeno al nuestro, como serían la firme creencia en el carácter originario (no convencional) del orden político, la primacía ontológica de lo colectivo sobre lo individual con todas sus consecuencias en cuanto a la estructura corporativa y desigualitaria de la sociedad y a la elisión del individuo como sujeto del discurso jurídico político²⁸. Este orden de creencias que da sentido a un determinado discurso de poder ya de por sí impone una axiología y, por lo tanto, un sentido de justificación diferentes de los que orientan hoy nuestras instituciones jurídicas. Pero además, hay una diferencia importante con respecto al saber y a la verdad. La episteme que controla el discurso probatorio hace que difícilmente la hipótesis de acusación de un procedimiento criminal se configure sin más como un enunciado empíricamente verificable o refutable al modo que hoy entendemos estas operaciones como garantía de racionalidad de un sistema procesal²⁹. En la sociedades de

²⁶ BERMAN, H. *La formación...*, p. 264.

²⁷ Sobre la oposición entre cultura oral y cultura escrita aplicada al estudio del orden jurídico del antiguo régimen, HESPANHA, A.M. “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica” en ÍD., *La gracia del derecho...*, pp. 17-60.

²⁸ Una buena síntesis de los elementos que definen el paradigma bajo el cuál han de interpretarse las instituciones del antiguo régimen puede verse en HESPANHA, A. M. “Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime” en ÍD. (comp.), *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Coleção de textos*, Lisboa 1984, p.7-89. Para las concepciones fundamentales que informan el orden medieval, véase GROSSI, P. *El orden jurídico medieval*, trad. F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, Madrid 1996.

²⁹ Para ello véase FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid 1995, esp. pp. 33-70.

antiguo régimen los hombres conviven e interactúan permanentemente con entidades metafísicas. Hablan con un dios y con entidades tales como “santos”, o “ángeles” y están convencidos, salvando siempre la posibilidad de una extraña minoría escéptica, de que dichas entidades metafísicas intervienen positiva o negativamente en el destino y en la suerte de la cada una de las corporaciones y de sus miembros. La cultura moderna – y especialmente la cultura jurídica – sigue siendo un ámbito en el que no sólo las normas constituyen un dato natural con todo lo que ello implica (ontologismo ético), sino que sigue siendo un sistema de comunicación en el que aun fenómenos típicamente metafísicos pueden ser considerados dentro del discurso de la prueba; fenómenos que sólo un profundo orden de creencias densamente compartido hacen “existentes”.

Por otra parte, no se debe olvidar que el proceso penal, como técnica oficial de represión, en este contexto se presenta como una instancia secundaria frente a espacios de socialización y represión de calado mucho más profundo que tienen que ver directamente con aquellas realidades trascendentes³⁰. Para el jurista castellano de la edad moderna, por ejemplo, la *justicia* penal podía ser vista como un paliativo frente ante el fracaso de los *remedios* espirituales contra el mal.³¹ Más allá de las matizaciones teóricas sobre las relaciones entre delito y pecado, el trasfondo cultural común imponía una “indistinción de base”.³² Y por aquí se pueden intuir ya conexiones que explican el valor asignado a una institución y que resultan implícitas en el discurso jurídico, por ser parte del contexto cultural silenciosamente compartido³³. Pero amén de ello, el lenguaje trascendente no quedaba reservado, como en la actualidad, al culto privado o a ritos protocolarios, sino que estaba inextricablemente entrelazado con el propio discurso jurídico político. Los enunciados que ponían de

³⁰ Como lo ha sostenido Clavero, “gran parte de la prevención e incluso de la represión se encauzaba de hecho por el campo religioso con relativa neutralización del judicial.” CLAVERO, B. “Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones” en TOMÁS Y VALIENTE, F; CLAVERO, B. y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza, Madrid 1990, pp. 57-89, p. 78.

³¹ “Pintan a la justicia con una espada desnuda en la mano, para que con el cuchillo y fuerza de la pena secular, reprima y castigue aquellos que desahuzados y desamparados de los médicos espirituales no quieren emendarse”. El fracaso de los “médicos espirituales” daba lugar a la intervención quirúrgica del juez secular: “...la dicha espada y cuchillo es para cortar la carne podrida y corrompida de los vicios, los quales son enfermedad de la República” CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política...*, , Lib. II, Cap.II, n.53.

³² CLAVERO, B. “Delito y Pecado...”, p. 64.

³³ “Dada la similitud entre delito y pecado, entre pena y penitencia, como un reflejo más de la presencia viva de las ideas religiosas en el mundo de entonces, no es extraño que se creyera que nada mejor para saber si un hombre es culpable, que su propia confesión...”. TOMÁS Y VALIENTE, F *La tortura...*p. 101.

manifiesto la creencia en conexiones para nosotros metafísicas formaban parte de ese discurso y tenían un alto grado de operatividad en dicho contexto.

En este mundo no resulta un hecho irrisorio que una comunidad decidiese formalizar un proceso judicial contra las plagas que asolaban sus cosechas, procediéndose a nombrar a una serie de santos como abogados tanto de la comunidad (por el lado de la acusación) como de la plaga (por el lado de la defensa), buscando con una condena judicial formalmente emitida que se alejase el mal y cesase el daño que la acusada infligía a la corporación.³⁴ En ocasiones, el propio deber de las autoridades de castigar las transgresiones y actuar con justicia se articulaba mediante un discurso que ponía en primer plano la responsabilidad corporativa de la comunidad ante los ojos de la divinidad. Se hablaba entonces de la necesidad de reprimir pecados públicos y lograr una recta administración de justicia para obtener la gracia divina y mejorar así el destino de la *república*. Para ello se decía que debían funcionar mancomunadamente los re-medios seculares y espirituales³⁵. En el mundo moderno de la llamada Monarquía Católica, este misticismo no era característica particular de los espacios periféricos, poco cultos o rústicos. Un mismo lenguaje informaba tanto el discurso normativo que emanaba de la corte, como las ordenanzas y bandos que podían gestarse en el seno de una comunidad municipal en la remota frontera del imperio³⁶.

Si reconocemos este contexto, entonces podemos ver otros aspectos relacionados con la práctica del tormento cuya significación parecía más cercana al mundo de simbólico de los juicios de dios que al de un

³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F. "Delincuentes y pecadores" en TOMÁS Y VALIENTE, F; CLAVERO, B. y otros, *Sexo barroco...*, pp. 11-31.

³⁵ Léase, por ejemplo, el siguiente texto del siglo XVII: "Noticioso el Rey de que los ministros de justicia por sus fines particulares, no obstante la vida licenciosa de todo género de gente, castigaban sólo a los pobres: y por cuiu causa Dios los havia castigado, ya perdiendo sus thesoros, y ya por infelices sucesos de sus armas, y exércitos: mandó al Virrey, y audiencias de Nueva España y Philipinas procurasen con mucho cuidado y diligencia se pusiese en los que pudiesen causar escándalo en la república administrando xusticia con igualdad, amparando a las viudas, huérfanos y desvalidos; pues de haver enmienda se esperaba que Su Magestad Divina templase su justicia, y ayudase los sucesos de sus reynos encargándoles sobre todo la conciencia" Cédula de 15 de febrero de 1633. AYALA, M. J. de *Diccionario de gobierno y legislación de las Indias*, (Edición y estudio Marta Milagros del Vas Mingo), Madrid 1993, t. XI, voz "Pecados públicos", pp. 86.

³⁶ Me he ocupado tangencialmente de la cuestión en mi tesis doctoral, AGÜERO, A. *Espacio local y jurisdicción criminal en el antiguo régimen. La justicia penal en Córdoba del Tucumán (siglos XVII y XVIII)*, tesis doctoral inédita presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2003, esp. caps. IV y V.

método *racional* de comprobación de la verdad³⁷. Los historiadores de las instituciones prefieren matizar posiciones como la sostenida por Hans Fehr quien asignaba tanto a las ordalías como a la tortura la misma función de instrumentar una lucha contra el demonio que la mentalidad medieval consideraba encarnado en el delincuente³⁸. Sin embargo, como veremos luego, no faltaban elementos en la cultura para pensar que la resistencia del reo a confesar su delito era una consecuencia directa de un pacto con el demonio. Aunque con la tortura no se dejaba librada la resolución del caso a la intervención divina, no por ello su significación estaba por completo desconectada de una persistente creencia en una justicia inmanente que se pone de manifiesto por medio de una *prueba* (en sentido experimental), del mismo modo que había ocurrido durante siglos con las ordalías. La *purga* de las pruebas de cargo previas al tormento, uno de los efectos característicos de la tortura del derecho común, guarda relación con esta lógica. Se decía que la tortura se daba “*para que por medio del dolor que padecen los reos... ó conste con perfeccion el delito que cometieron, ó purgando los indicios, manifiesten su inocencia...*”³⁹

La *purga* de los indicios puede ser vista como consecuencia de esa suerte de castigo anticipado que significa el tormento, en la medida en que los dolores inflingidos al reo funcionan como una respuesta por la culpa no del delito que se juzga, sino por la de haber dado lugar a las sospechas que llevaron al reo a estar en situación de ser atormentado. De este modo, como decía Foucault, “el sufrimiento reglamentado del tormento es a la vez una medida para castigar y un acto de información.”⁴⁰ Pero si esto era así y los mismos juristas del antiguo régimen llegaron a

³⁷ Aunque sostiene que la tortura significa “il superamento logico delle ordalie”, FIORELLI da cuenta de las opiniones que han sugerido la presencia de elementos ordálicos en la tortura y admite que tortura y ordalías pueden darse conjuntamente, aunque en período de transición y en *instable convivencia*. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, p. 8-9. Una interesante comparación desde el punto de vista funcional entre ordalías y tortura puede verse en BARTLETT, R. *Trial by fire and water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford 1986, p. 142-143.

³⁸ FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, pp. 218-219; BARTLETT, R. *Trial by fire and water...*, p. 143, ambos referidos a los estudios de FEHR, H. “Gottesurteil und Folter”, en *Festschrift für Rudolf Stammler*, Berlin-Leipzig 1926, pp. 231-254 y “Tod und Teufel im alten Recht”, en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abteilung*, LXVII, 1950, pp. 50-75.

³⁹ QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos*, Madrid 1632, P. II, Cap. I, n. 1, f. 72.

⁴⁰ FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 12ª. ed. en español, México 1987, p. 48.

formularlo en estos términos⁴¹, quizás sea también porque había detrás de este efecto de la tortura una lógica más profunda y más antigua⁴². Ese castigo por las sospechas no es otra cosa que la *purga de la infamia*, vale decir, algo así como la demostración de la inocencia a través de la resistencia al dolor⁴³. Precisamente por esta conexión característica del mundo de las ordalías que jugaba detrás del lenguaje procesal moderno, es que aquella doble función que señalaba Foucoult tenía lugar. Por esa razón un mismo acto podía ser a la vez castigo y parte, más que de una información, de una *demonstración*. Desde este punto de vista la tortura era un mecanismo de *purga* tal como lo habían sido las pruebas ordalías y como lo seguiría siendo el juramento compurgatorio ya en tiempos posteriores. No es extraño que en la práctica inquisitorial la difamación de herejía pudiese neutralizarse bien por el juramento compurgatorio bien por la resistencia en una sesión de tortura⁴⁴.

Se comprende así otra regla característica de la tortura del derecho común: que la intensidad del tormento estuviese graduada, junto con otros criterios, en función de la gravedad de los indicios. *¿Cuándo puede decirse que un acusado ha sido torturado suficientemente?* se pregunta un doctor en derecho canónico y civil del siglo XVI que ha tomado el trabajo, por encargo del papado, de editar y comentar un manual para inquisidores escrito dos siglos antes por el dominico Nicolau Eimeric. “*Se dirá cuando sea evidente para los jueces y los expertos que ha sufrido, sin confesar, tormentos de una gravedad comparable a la gravedad de los indicios. En esas circunstancias se entenderá que ha expiado suficientemente los indicios con la tortura (ut ergo intelligatur quando per torturam indicia sint purgata)*”.⁴⁵

⁴¹ “El tormento es invención de dos objetos: de averiguar el delito y delincente, y castigarlo con él, por sus méritos...”, así se expresa Villanova y Mañes en una de las últimas prácticas criminales del antiguo régimen hispano, mostrando el carácter punitivo del tormento. Según este autor, en determinadas circunstancias el tormento funcionaba como pena por los indicios previos que existían en contra del reo. VILLANOVA Y MAÑES, S. *Materia Criminal Forense, ó Tratado Universal teórico práctico de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, Madrid 1807, p. 331

⁴² En este carácter “híbrido” de una institución que tiene función procesal y al mismo tiempo constituye un adelanto de la pena encuentra el rasgo común entre tortura y ordalía, DE LUCA, G. “La tortura nei rapporti tra processo e pena”, en *Rivista di diritto processuale*, IV (1949), P I, pp. 318-335, esp. 323-324.

⁴³ Sobre el estrecho parentesco entre la tortura judicial y los métodos de purga, especialmente en el derecho canónico, FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, p. 232-235.

⁴⁴ FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, p. 233.

⁴⁵ PEÑA, F. *El manual de los inquisidores por el hermano Nicolau Eimeric, dominico. Avuión 1376. Con comentarios de Francisco Peña doctor en derecho canónico y en derecho civil. Roma 1578. Introducción, traducción y notas de Luis Sala-Molins. Versión castellana por Francisco Martín, Barcelona 1996, p. 189.*

La conexión de proporcionalidad entre la gravedad de los indicios y la intensidad del tormento resulta difícil de explicar desde nuestro punto de vista racional si se mira a la tortura como un exclusivo método de conocer la verdad. En todo caso, mas cercano a nuestro mundo resulta la conexión entre la robustez del reo y la intensidad del tormento. Este criterio era igualmente considerado por los juristas, pero en concurrencia con la gravedad de los indicios. Así lo expresaba, por ejemplo, un magistrado castellano de finales del XVI, cuya obra constituye el manual práctico para jueces inferiores más prestigioso del mundo hispano del antiguo régimen: *Y yo digo,- decía Castillo de Bovadilla - que el tormento es como la purga, la cual se aplica y regula respecto del humor que ay en el cuerpo enfermo: porque si ay mucho, ha de ser la purga mas recia: assi el tormento ha de ser respecto de las fuerças del paciente, y de los indicios: y si siendo aquellos graves y urgentes, se da poco tormento, no quedan evacuados ni enervados*⁴⁶.

Así pues este castigo/demostración dado con motivo de los indicios contra el reo tenía en parte esa significación que hoy diríamos mística. No era un misticismo acotado al oscuro mundo de los inquisidores o de los tribunales eclesiásticos. La separación de fueros no implicaba separación de fundamentos culturales ni de campos normativos suprapositivos. Podía ser así también en cierto modo mística la función del juez secular que se empeñaba en arrancar la confesión no sólo para obtener un elemento de convicción, sino para redimir al reo de su culpa. No debía resultar extraño que un juez elevara plegarias a dios para lograr que el reo abandonase su resistencia y confesase. Así lo recomendaba otro juez castellano del siglo XVII, afirmando que gracias a sus oraciones había conseguido que un reo confesase después de haber resistido una primera sesión de tormento. Con satisfacción concluía nuestro juez afirmando que así pudo hacer justicia y el reo murió “*santamente y bien arrepentido*”.⁴⁷ El mismo magistrado nos recordaba que el reo que se negaba a confesar incurría en pecado mortal y de ahí su obligación de declarar⁴⁸. En ese

⁴⁶ CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política...*, Lib. V, Cap.III, n.24.

⁴⁷ La anécdota la narra QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos...*, f. 97. Comentada también en TOMAS Y VALIENTE, F *La tortura...*, p. 102.

⁴⁸ Por este motivo entendía la doctrina que el abogado defensor no podía aconsejar al reo a negar la verdad. QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos...* f. 83. El comentarista del siglo XVI al manual de Eimeric explicaba que “*El papel del abogado es presionar al acusado para que confiese y se arrepienta, y solicitar la penitencia del crimen cometido*”. PEÑA, F *El manual de los inquisidores...*p. 168. En esta última cuestión, no obstante, había divergencia entre la práctica inquisitorial y la secular.

contexto, el tormento recibía la legitimación de todo aquello que contribuía al arrepentimiento y, en consecuencia, a la salvación del alma del acusado.

Se podría completar el misticismo de la escena si miramos ahora a las estrategias conocidas en el mundo de los reos del antiguo régimen para resistir a los aires del trance del tormento y purgar así su infamia. Y no menos escatológicos resultarían los antídotos a los que los jueces recurrirían para neutralizar aquellas estrategias, sospechosos de que esa resistencia, como adelantamos, no era producto exclusivo de la inocencia, sino del empleo de fuerzas misteriosas y demoníacas. Los juristas de la modernidad reflexionaban seriamente sobre los llamados *remedium contra torturam*, que daban por eficaces según su experiencia personal. Del mismo modo que ocurría con las ordalías, se creía que una serie de maleficios y sortilegios tenían la virtud de hacer que el reo superase la prueba aun cuando no fuera inocente. En el caso del tormento se creía que dichos métodos lograban insensibilizar al reo frente al dolor del tormento y así le ayudaban a salir airoso de la operación⁴⁹. Eimeric los mencionaba en su *Directorium inquisitorum* del siglo XIV al referirse a las diversas reacciones de los reos en el tormento. “Están los embrujados, que, por efecto de sortilegios que utilizan bajo la tortura, se hacen casi insensibles: éstos morirán antes que confesar.”⁵⁰ El comentarista del siglo XVI sobre este punto decía que, según su experiencia, para hacer los sortilegios los reos usaban “palabras y oraciones de los salmos de David u otras partes de la Sagrada Escritura que escribían en sus procedimientos supersticiosos en trozos de pergamino crudo que ellos llaman <papel virgen>, mezclando a veces nombres de ángeles desconocidos”.⁵¹ Juristas de la talla de Hipólito de Marsilio, citado por nuestro comentarista inquisitorial para autorizar sus opiniones en este asunto, se hacían eco de la cuestión.⁵² Y no faltaba en este vasto campo del saber que entonces constituían los textos jurídicos un tratamiento preciso y detallado de dicho tipo de sortilegios.⁵³ De rigor

⁴⁹ FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, p. 233.

⁵⁰ PEÑA, F. *El manual de los inquisidores...*p. 185.

⁵¹ *Ibíd.* p. 187.

⁵² *Ibíd.* “Multi reperuntur qui habent aliquas incantationes ut multus habui in fortis in diversis locis et officis” HIPPOLYTUS DE MARSILIIS, *Practica causarum criminalium*, Venecia 1526-1529, § *Nunc videndum*, n. 52, cit. en FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, p. 218.

⁵³ PAOLO GRILLANDO, *De sortilegiis*, y también en *De quaestionibus et tortura*, ambos en la colección *Tractatus universi iuris*, vol. XI, Venecia 1584, t. II, ff. 381-398 y t. I, ff. 294-298, respectivamente, cit. en *Ibíd.* Francisco Peña se refiere a Grillando como un “juez muy severo en asuntos criminales” para citar su autoridad al hablar de los sortilegios contra la tortura. PEÑA, F. *El manual de los inquisidores...*p. 187.

científico parecía entonces que la obra más específica en materia de tormento que se publicó en castellano durante el siglo XVII, dedicase un capítulo entero a “*los remedios para sentir, ó no los tormentos*”.⁵⁴

Desde la simple oración a dios, pasando por pociones de sustancias diversas, palabras sacramentales repetidas durante la tortura, hasta el extraño rito de esparcirse sobre el cuerpo las cenizas de un niño asesinado y quemado antes de ser bautizado, constituían parte de este catálogo de remedios contra el tormento⁵⁵. A su vez, los jueces intentaban contrarrestar sus efectos: vigilando al reo antes de la sesión de tormento para evitar cualquier maniobra sospechosa; inspeccionando el cuerpo desnudo del reo para evitar que llevase el escrito de las palabras sagradas entre sus ropas o escondidas en alguna parte de su cuerpo; obligándole a beber un vaso de agua bendita al que se le agregaba una gota de cera, igualmente bendita; formulando las preguntas una tras otra sin dejar silencios que pudiesen ser aprovechados por el reo para recitar los conjuros; e incluso, recitando conjuros de efecto contrario para neutralizar los del reo⁵⁶. Aunque esta clase de antídotos ocasionalmente aparecían prohibidos de manera expresa, no faltaban quienes incluso recomendaban utilizarlos durante la investigación, considerando, por ejemplo, que era indicio la palabra de un adivino que, a pedido del juez, señalaba al delincuente cuando no había otra forma de descubrirle.⁵⁷ En el fondo jueces y reos estaban inmersos en ese mundo cultural cargado de un misticismo que atravesaba por doquier el discurso jurídico, desde los más encumbrados autores y tribunales hasta los humildes jueces de la periferia, como aquel alcalde municipal que a finales del XVIII informaba por escrito a su gobernador que había tenido que poner bajo estricta seguridad de cepos y grilletes a una rea acusada de brujería

⁵⁴ QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos*, P. II, Cap. VI.

⁵⁵ Con detallado testimonio de las obras que se refieren a este asunto, FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*, t. 1, p. 218-221

⁵⁶ *Ibid.* p. 222-223. Siglos atrás, similares precauciones contra similares sortilegios se tomaban contra los acusados antes de someterle a las ordalías. Puede verse, por ejemplo, SORRENTINO, T. *Storia del processo penale. Dall'ordalia all'Inquisizione*, Catanzaro 1999, p. 77.

⁵⁷ “Algunos dixeron, que los **sortilegios, y encantaciones** podían hazer indicio, por lo menos para inquirir, como quando no pudiendo el juez descubrir el delincuente embiase por uno destes brujos, ó adivinos, y les preguntasse por el mal hechor, y este le descubriese: pero á mi juizio, y al de los Dotores, con Marco Antonio Bruno, es sin duda no hará esta delcaración para nada indicios, porque los sortilegios estan reprobados por derecho Canonico”. QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos*, P. I, Cap. VI, f. 25r. Obsérvese que el autor se basa en la prohibición canónica para negar validez judicial al dato, pero no se refiere a su ineficacia o a la forma irracional de obtenerlo.

“por ser tan grande su arte que puede echar a volar las paredes y librarse de la prisión”⁵⁸

Sobre este mundo de creencias se teje el discurso que de la prueba en el antiguo régimen y dentro de él la institución del tormento como método para descubrir la “verdad”. Ciertamente que hay un principio de decisión y un modo de *saber* diferente en el procedimiento romano canónico y la tortura se identifica como parte de un mecanismo orientado por la búsqueda de la verdad⁵⁹. Sin embargo, en cuanto miramos el contexto de creencias que se descubre a través de estos aspectos menos familiares a nuestros ojos de la experiencia jurídica pre revolucionaria, nos damos cuenta hasta qué punto esas nuevas claves todavía pendían entrelazadas de otras que hoy hemos descartado completamente. Tal vez por esto tendemos a historiar las instituciones atendiendo sólo a aquellos significados que nos resulta más fácilmente comprensibles. Pero no debían ser asumidas como retóricas las palabras que los juristas incluían en sus tratados y que hacían referencia a ese mundo de conexiones místicas. Todavía en el discurso sobre proceso penal romano canónico la voluntad de dios seguía siendo un elemento a considerar y cualquier señal que la revelara en un sentido u otro podía tener acogida. Al fin de cuentas, como sostenía Antonio de Quevedo y Hoyos -el jurista castellano experto en materia de indicios y tormentos-, “*si Dios quiere que el delito se descubra, y el delincente se manifieste, su Magestad divina descubrirá y manifestará indicios por donde esto sea; y si no los ai, ni se averiguan, será posible no sea voluntad de Dios que en este mundo se castiguen*”.⁶⁰ Con estas palabras aconsejaba a los jueces a que no intentaran estrategias prohibidas para conseguir la verdad, bajo la mayor de las responsabilidades que por entonces podía enfrentar cualquier persona, incluidos los oficiales de justicia, “*porque – concluía Quevedo – será mui posible que mientras trata de condenar al delincente, cargue su conciencia y condene su alma*”⁶¹.

⁵⁸ El caso, localizado en la ciudad americana de Córdoba del Tucumán aunque verosímil en cualquier lugar del orbe hispano, aparece citado en ASPELL, M. “Los sueños de los ángeles. Herejía y hechicería en Córdoba del Tucumán, siglo XVIII” en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, México 1995, pp. 65-100, p. 66.

⁵⁹ Es bien conocido el análisis foucaultiano de esta transformación que conecta la estructura social con las formas procesales como formas de producción de un determinado tipo de “saber”. FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*, trad. E.Lynch, Barcelona 1998, esp. pp. 63-88.

⁶⁰ QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos*, P. II, Cap. IV, f. 88r.

⁶¹ *Ibid.*

IV. LA DINÁMICA PROCESAL: LOS CAMBIOS EN LA PRAXIS MODERNA DEL TORMENTO.

La axiología y el orden de principios que estructuraba la teoría procesal y la disciplina del tormento así como los elementos del imaginario cultural muestran una fuerte persistencia a lo largo de todo el antiguo régimen. Unos y otros aparecen en obras de todo el período, incluso en las más tardías. Sin embargo, ello no quiere decir que el orden jurídico de antiguo régimen no contuviese mecanismos de ajuste para responder desde la praxis a cambios que también empezaban a ser culturales. El hecho de que dichos mecanismos no consistieran primordialmente en un dispositivo de promulgación y derogación de normas generales, como sucede hoy, no quiere decir que no hubiese una dinámica normativa que acompañara los cambios de toda índole que se suceden a lo largo de los siglos. La configuración esencialmente jurisdiccional del poder político hacía que fueran entonces los tribunales y no un legislador soberano quienes debían encargarse de ajustar las normas, siempre en forma conjunta con una doctrina de la que muchos magistrados formaban parte. El *estilo* de los tribunales y la *opinión común* de los doctores eran los elementos fundamentales de control y ajuste del proceso de administración de justicia. Un concepto, situado en el corazón mismo de la teoría del poder de los magistrados, brindaba cobertura de legitimación a estos cambios: el *arbitrio* judicial.

En la tratadística sobre la materia criminal se llegaba a afirmar que "*arbitrium in iudice nihil aliud est quam iurisdictio*"⁶². El *arbitrium* se consideraba entonces como una facultad inherente al ejercicio de la jurisdicción que permitía modificar las pautas normativas y que terminaba renovando los enunciados legitimantes de una determinada praxis judicial. A la postre, dichos nuevos enunciados se consolidaban como *estilo*, se aceptaban por los juristas y se imponían en la práctica casi con total independencia (e indiferencia) de la *lex regia*. A través del *arbitrium*, (del mismo modo que ocurría con el concepto de *iurisdictio*) la tradición del derecho común situaba a la figura del juez en el centro de la dinámica del poder político. El ejercicio del arbitrio se entendía disciplinado por las nociones de justicia, equidad y razón, cuya carga semántica resultaba absorbida por el propio concepto que operaba, así, como un factor legitimado de ajuste para la

⁶² La expresión está tomada del jurista italiano del siglo XVI, Angelo Gambiglioni, ZORDAN, G. *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova 1976, p. 60; también en MECCARELLI, M. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, p. 13.

conservación del orden que aquella misma tradición textual articulaba y sostenía.⁶³

Sin que se produzca pues una derogación de los principios que orientan el discurso, pero yuxtaponiéndose a ellos y acicateados por el *arbitrium iudicis*, dos tendencias caracterizan la transformación de las prácticas procesales. En primer lugar, el rigor formal se flexibiliza dando lugar a esquemas procesales simplificados que, reservados para determinados tipos de autoridades o para cierta clase de delitos, permiten una actuación más expeditiva y consecuentemente menos celosa del ritualismo garantizado por el régimen de nulidades. Éste se restringe, cada vez más, a los cada vez menos elementos considerados “esenciales” del proceso. Se desarrollan así procedimientos más flexibles en los que se alteran algunas divisiones formales, se reducen notablemente los tiempos y como consecuencias de ambas mutaciones, se restringen las oportunidades defensivas.⁶⁴ En distintos campos de actuación jurisdiccional se recurre también a una fórmula acuñada por el derecho canónico que permite a las autoridades proceder “*simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii*”, cuya ratio normativa brindaba la posibilidad de disponer de toda forma procesal que no fuera de las estrictamente esenciales, según derecho natural, y fallar una vez determinado el objeto del pleito⁶⁵. En el caso castellano, sin perjuicio de la resistencia del

⁶³ “L’arbitrium è dunque manifestazione di acquiescenza; i caratteri tipici di questo concetto come l’essere ‘metro di giudizio’ o ‘parametro di credibilità’, ma anche ‘canone di ragionevolezza’, nel quadro di una mobile ma sicura ‘aderenza alla ideologia dominante e quindi ad una strumentalizzabilità da parte delle forze dirigenti della società’, vengono anche assorbiti dall’arbitrium”. MECCARELLI, M. *Arbitrium...*, p. 17-18. Las referencias sobre la valencia del concepto de equidad son a SBRICCOLI, M. *L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano 1969 p. 97. A la luz de los criterios jurídicos actuales, el arbitrio judicial puede ser visto como un elemento disfuncional, una especie de peligrosa desviación hacia el “absolutismo judicial” (TOMÁS Y VALIENTE, F. “Castillo de Bobadilla...”, p. 238 y ss.); sin embargo, mirado bajo el prisma de su época, se presenta como una característica impuesta por la propia configuración del ordenamiento y las instituciones del antiguo régimen, como lo ha demostrado exhaustivamente MECCARELLI. Para el ámbito penal, lo había puesto de manifiesto SCHNAPPER, B. “Les Peines arbitraires du XIII au XVIIIe siècle (Doctrines savantes et usages français)”, [1ª parte] en *Revue d’Histoire du Droit*, n. XLI, 1973, pp. 237-277 y [2ª parte] n. XLII, 1974, pp. 81-112: “A notre avis, le pouvoir discrétionner du juge esta un coeur du droit et de la procédure pénale. C’est la clef de l’histoire générale de la répression” ([2ª parte] , p. 111). Precisiones castellanas, con matices sobre la relación entre el poder de los jueces y el valor de la ley real, pueden verse en GONZÁLEZ ALONSO, B. “Jueces, justicia, arbitrio judicial (Algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla moderna) en *VV.AA. Vivir el Siglo de Oro. Poder, cultura e historia en la época moderna. Estudios en homenaje al profesor Ariel Rodríguez Sánchez*, Salamanca 2003, pp. 223-241.

⁶⁴ Para el caso castellano, ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...*, pp. 162-172; ALONSO ROMERO, M. P. “El solemne orden de los juicios...*passim*”.

⁶⁵ La fórmula condensaba las características de un modo de proceder sumario de derecho canónico que tuvo acogida en los estatutos de las ciudades italianas. “La formula delle leggi non poteva essere più chiara: *summario*, cioè riduzione dei termini; *de plano*, facoltà di ascoltare le lamentele in qualunque giorno e di sentenziare di giorno o di notte; *sin strepitu*, limitazione dei testi ed esclusione di procuratori e avvocati; *sine figura iudicii*, soppressione delle formalità”. SALVIOLI, G. “Storia della procedura...”, t. 2, p. 334. Sobre su tratamiento en la literatura procesal, PÉREZ MARTÍN, A. “El ordo iudiciarius...”, p. 213

estamento judicial adherido al *habitus* complejo de procedimiento ordinario, ya por el *estilo* simplificado de los altos tribunales, ya por aplicación de la forma sumaria (*sumariamente, sin estrépito ni figura de juicio*) a campos tan variados como podían ser la justicia comisarial o la represión rural a cargo de la Santa Hermandad, se difunden los mecanismos para reducir el rigor formal a unos mínimos esenciales⁶⁶.

En segundo lugar, aquellos cambios son acompañados en materia probatoria por una paulatina desvinculación entre los elementos de prueba tasados y la capacidad del juez para condenar.⁶⁷ Aunque el sistema de prueba tasada y su regla de correspondencia entre la “plenitud” de la prueba y el carácter “ordinario” de la pena siguió siendo la referencia axiológica fundamental, a partir de la misma noción gradualista y cuantitativa de la prueba fue adquiriendo fuerza el postulado según la cual a una “prueba insuficiente” bien podía corresponderle una pena menor, no ordinaria sino “*extraordinaria*”, quedando su determinación al *arbitrio* del juez.⁶⁸ La figura de la pena arbitraria o extraordinaria, como reflejo del margen de discrecionalidad del juez – *arbitrium* mediante – para modular la respuesta penal no era un elemento nuevo. El cambio estaba en el grado sistemático con que se podía sostener ahora que la prueba insuficiente (una semiplena prueba que bastaba sólo para el tormento, por ejemplo) podía servir para imponer una pena extraordinaria. De este modo los indicios podían servir entonces como fundamento de una pena extraordinaria. La regla de su exclusión absoluta como prueba suficiente para una condena había sido así alterada.⁶⁹

⁶⁶ ALONSO ROMERO, P. *El proceso penal...*, pp. 170-175, 290-302; TOMÁS Y VALIENTE, F. “Castillo de Bovadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen” en ID., *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, 2da ed. Madrid 1999, pp. 179-252.

⁶⁷ Cfr. ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...*, p. 226.

⁶⁸ Cfr. ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale...*, p. 19; ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...*, p. 227.

⁶⁹ Cfr. LANGBEIN, J. *Torture and...* 47 y ss. En las prácticas castellanas tardías que instrúan a los jueces inferiores, se puede ver cómo la regla de no condenar por indicios ya no era absoluta. La referencia a la pena extraordinaria se integraba en la norma: “No puede el juez por solo indicios, aunque sean graves, castigar al reo con pena ordinaria... y es la razon, porque en lo criminal la prueba ha de ser tan clara como el Sol de medio dia... [hasta aquí la regla en su formulación original que se mantiene así como principio de referencia], pero puede imponer la pena extraordinaria que le pareciere, según la naturaleza de la causa, y lo que de ella resulta...” [aquí la modificación introducida por vía jurisprudencial y que altera el sentido absoluto de la regla anterior]. MARTÍNEZ, M. S. *Librería de jueces, utilísima y universal para Abogados, Alcaldes Mayores y Ordinarios, Corregidores e Intendentes, Jueces de Residencia y de visita de Escribanos de toda España, Receptadores de Castilla y Aragon, Regidores, Juntas de Propios, Contribución y Pósitos, Personeros, Diputados del Comun y demas Individuos de Tribunales Ordinarios: añadida e ilustrada con mas de dos mil Leyes Reales, que autorizan su doctrina*, Séptima impresión y Adiciones de Ramón Antonio de Higuera, Madrid 1791-1796, t. III, Cap. III, n. 25, pp. 160-161.

Aunque la legitimidad de esta solución nunca dejó de ser cuestionada a la hora de su tratamiento tópico por parte de la doctrina⁷⁰, en la práctica se habría impuesto porque la pena extraordinaria a la vez que facilitaba las decisiones represivas al requerir de un estándar probatorio menos estricto, satisfacía la provisión de mano de obra mediante la conmutación de las penas ordinarias (generalmente penas de muerte o aflictivas), por las de trabajo forzado y principalmente por la pena de galeras.⁷¹ Con estos estímulos, sin poner en entredicho los principios del sistema de pruebas legales, los jueces consolidaron una capacidad de justificación a la respuesta condenatoria mucho más amplia y flexible que la provista por modelo originario.⁷² El juez convertido en *dominus* del proceso controla – en mayor o menor medida según su posición jerárquica en el cuadro de la jurisdicción – no sólo la secuencia formal del proceso sino que además puede válidamente justificar una condena con una prueba insuficiente. La única condición en este caso es que la pena no sea la ordinaria, sino una extraordinaria.

Estos cambios que marcan la tensión moderna del discurso procesal conllevan dos efectos contrapuestos en cuanto a la disciplina y práctica del tormento. En un sentido, la mayor cantidad de elementos asignados al campo de decisión que representa el *arbitrium iudicis* y su consecuente efecto en términos de flexibilización formal debilitan en la práctica muchas de las pautas de control de la disciplina original del tormento. Así por ejemplo se diría que la suficiencia y calidad de los indicios necesarios para someter a tormento eran *arbitrarios* y en consecuencia, en la práctica se podían justificar tormentos casi sin preceder elemento probatorio alguno. En sintonía con esto, la permisividad para simplificar las formas procesales igualmente llevaba autorizar que la ejecución del tormento tuviese lugar en la fase sumaria sin haber dado traslado al acusado de la prueba en su contra y sin ninguna oportunidad para expedirse sobre la misma. Este adelanto del tormento en la secuencia procesal le hacía perder su carácter subsidiario ya que los jueces podrían así buscar primero la confesión por esta vía, antes que dedicarse a otro tipo de pruebas. Se transgredía incluso la

⁷⁰ Cfr. ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale...*, 29-30.

⁷¹ LANGBEIN, J. *Torture and...*, *passim*, esp. Caps. 2.

⁷² ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale...*, pp. 32-33; , MECCARELLI, M. *Arbitrium...*, p. 252-254.

regla que prohibía dar tormento en delitos ya plenamente probados, para que una vez obtenida la confesión se enervase cualquier intento posible de apelación o para obtener información sobre cómplices. La prohibición de reiterar la ejecución del tormento más allá de un número limitado de veces sobre reo que negaba era vulnerada a través de la *suspensión* de la sesión, reservándose el juez el derecho a reanudarla cuando lo considerarse necesario. Las apelaciones y recusaciones interpuestas contra el auto de tormento y que normalmente debían suspender la ejecución podían ser rechazadas in limine por *frívolas*, o bien, concedidas sin efecto suspensivo en virtud de una serie de circunstancias que, a criterio del juez, lo autorizaban para proceder “*sin embargo de apelación o recusación*”. La responsabilidad personal del juez por las consecuencias lesivas de un tormento dado en exceso se podía neutralizar con una cláusula que se incorporaba en el auto de tormento o en el encabezamiento del acta de ejecución por la cuál el propio reo, en virtud de su negativa, se hacía responsable por los daños que pudiese padecer con motivo de la tortura. Igualmente se autorizaban quiebres a las inmunidades estamentales en virtud de circunstancias apreciadas por los jueces que daban lugar a excepciones a cualquiera de las reglas de la disciplina del instituto: para ello se podía considerar la frecuencia del delito que se juzgaba, la fama del delincuente, el bien afectado y la gravedad del delito. En general los delitos de lesa majestad divina o humana autorizaban todo tipo de excepciones tanto a nivel de formalidades como a nivel de prueba, a los que habría que sumarle los delitos considerados *atroces*; cualquiera de estos conceptos activaba una excepción genérica que permitía a los jueces transgredir el orden de derecho cuando se trababa de castigar este tipo de delitos.⁷³

⁷³ Así lo expresaban los juristas en sus textos: *propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi* o bien para justificar el tormento sin prueba precedente, *in atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*. Para esto, así como para lo anterior referido a los quiebres en la disciplina originaria del tormento, véase TOMÁS Y VALIENTE, F. TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid 1969, p. 178; TOMÁS Y VALIENTE, F. *La tortura...*, pp. 62-91 y 212-219; ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...* pp. 244-256 y 302-309; ALONSO ROMERO, M. P. “La tortura en Castilla ...cit.. Hemos analizado también estas cuestiones con ejemplos documentales tomados de la práctica americana y fuentes doctrinaria en AGÜERO, A. “Sobre el uso del tormento en la justicia criminal indiana de los siglos XVII y XVIII. (Con especial referencia a la jurisdicción de Córdoba del Tucumán)”, *Cuadernos de Historia del Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas Roberto I. Peña*, n. 10, Córdoba (Arg.) 2000, p. 195-253.

Finalmente, también se alteraba la regla de valoración de los resultados del tormento. La persistente negativa del reo ya no implicaba necesariamente su absolución. Para ello se entendía que el tormento no *purgaba* los indicios cuando el magistrado aclaraba en el auto de tormento que quedarían en todo su valor las pruebas que obraban en contra del reo (“*quedando en su fuerza y vigor todas las probanzas*”), para el caso de que éste se mantuviese negativo (lo que se conocía como *tortura con reserva de prueba*). Con esta innovación, aunque el reo resistiese absolutamente los dolores del tormento se le podía igualmente aplicar una condena. Se interpretó, en consonancia con los cambios mencionados anteriormente, que esto no era ilegítimo mientras la pena impuesta no fuera la ordinaria, sino una extraordinaria, más moderada que aquélla. Esta formulación, al eliminar el efecto purgativo del tormento sobre las pruebas que lo hacían precedente, permitía resolver el “inconveniente” de tener que absolver al reo cuando hubiera logrado resistir negativo las sucesivas reiteraciones del tormento.⁷⁴

Aunque matizada y siempre discutida, era esta una innovación que se imponía en la práctica. Pese a la injusticia (en términos intrasistemáticos) que encerraba esta solución y a la mayor inclinación represiva que le daba al proceso, en ella estaba la clave para hacer de la tortura un rito prescindible. Los cambios del sistema probatorios íntimamente vinculados con el arbitrio judicial y su manifestación punitiva, la *poena extraordinaria*⁷⁵, al autorizar condenas sobre la base de prueba indiciaria, habían dado un giro teórico imprescindible para convertir al tormento en un rigor innecesario para la mayoría de los casos ventilados

⁷⁴ Así lo exponía Quevedo y Hoyos: “*Tambien es, que aunque el juez atormentasse al reo convencido [es decir, aquel contra el cual ya obra plena prueba], y negasse en el tormento, no purgará, ni invalidará las probanzas que contra él se hizieron, antes quedarán en la misma fuerza y vigor que tenían antes que se le diese el tormento, según Gregorio: porque fuera cosa injusta que el juez tuviera potestad para por este medio anular, é invalidar las verdaderas probanzas, según Tomas Gramatico, y Olano que le refiere; según el qual por estilo universal de aquestos Reinos lo mismo procede aunque no esté probado con testigos el delinquente, sino indiciado urgentemente, porque en este caso aunque el reo persevere negando, siempre debe ser castigado con pena trasordinaria [léase “extraordinaria”], y assi dize que lo obtuvo muchas vezes, y que se guarda comunmente. Y esta es la razon por que (según este Doctor) en las sentencias de tormento los juezes acostumbran a dezir: Mandamos poner á F. Á question de tormento quedando las probanzas que contra él estan hechas en su fuerza y vigor...*” QUEVEDO Y HOYOS, A. *Libro de indicios y tormentos*, P. I, Cap. I, n.8, folio 3

⁷⁵ En la vinculación entre la paulatina disolución de la estricta observancia del sistema de pruebas legales, y el auge de la pena arbitraria o extraordinaria en los tiempos modernos, coinciden SCHNAPPER, B. “Las peines arbitraires...”, (2ª parte) pp. 87-88; LANGBEIN, J. *Torture and.....* pp. 11 y ss.; ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale.....*, p. 19; ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal.....*, p. 227

cotidianamente en los tribunales ordinarios⁷⁶. He aquí el sentido opuesto en el que las alternativas procesales modernas afectaron a la práctica del tormento.

El auto de tormento con reserva de prueba era una decisión sumamente gravosa para el reo ya que cualquiera fuese su actitud durante la tortura, no evitaría una condena. Si el reo confesaba, la plena prueba obtenida podría dar lugar a una condena ordinaria de muerte. Si resistía negativo, la reserva de prueba serviría normalmente para enviarle a los remos o a trabajos forzados como contenidos de una pena extraordinaria. Podía deducirse a partir de aquí que para este último tipo de condena ya no era necesaria la tortura, desde el momento que se admitían como suficientes las pruebas recogidas con anterioridad a su ejecución. Al conmutarse sistemáticamente la pena de muerte (la pena ordinaria por antonomasia en los casos susceptibles de aplicar tormento) por penas extraordinarias de galeras, arsenales o trabajos forzados, la necesidad de plena prueba como condición excluyente para el castigo había desaparecido, y con ello, según Langbein, también la razón de ser de la tortura judicial.⁷⁷ Hay coincidencia en la historiografía especializada sobre la lógica consecuencia que en la práctica del tormento pudieron tener estos cambios, reduciendo su presencia, otrora cuasi inevitable, en el esquema teórico del proceso penal bajomedieval.⁷⁸

Todo este desarrollo de variantes que se *normalizan* como estilo de los tribunales no implican, como hemos dicho, el abandono de los principios de referencia. Éstos podían ser tópicamente contradichos sin necesidad de ser derogados⁷⁹. De este modo se convalidaban nuevas soluciones sin que perdieran legitimidad las antiguas. En Castilla, por ejemplo, la neutralización de los efectos purgativos del tormento daría lugar a discusiones hasta el final del período, aunque su práctica estuviese completamente consolidada para en-

⁷⁶ LANGBEIN, J. H. *Torture and the law...* pp. 59-60; ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale...* p. 23.

⁷⁷ LANGBEIN, J. H. *Torture and the law...* pp. 59-60.

⁷⁸ Como lo ha sostenido Alessi Palazzolo, al hablar de la legitimación de la pena extraordinaria para casos de prueba insuficiente, "*Questa non fu una soluzione marginale, proposta da oscuri giuristi e adottata da ignoranti giudici provinciali: costituì, viceversa, un rimedio di carattere generale, volto a conciliare il contrasto tra certezza morale e certezza legale senza ricorrere al richioso mezzo di investigazione rappresentato dalla tortura*". ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova legale...* p. 23.

⁷⁹ Sobre las consecuencias del carácter tópico en el pensamiento jurídico, VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo Ponce de León, Madrid 1964.

tonces⁸⁰. Pero consideremos conjuntamente los cambios de los que venimos hablando. Si por un lado la disciplina de la institución se relajó removiendo las cautelas que imponían un uso restringido y cuidadoso del tormento, por el otro se introdujo una lógica que al negar su efecto purgativo sobre los indicios le hizo perder uno de sus rasgos distintivos y, con él, buena parte de su justificación. El nuevo contexto abría la posibilidad de preguntarse ¿Para qué proceder a un ritual complejo, peligroso, delicado, dudosamente eficaz, si a

⁸⁰ En el caso castellano se trata de un ajuste absolutamente realizado por medio del estilo y la opinión de la jurisprudencia. Hasta la abolición de la tortura, la única norma asignada al campo de la *lex regia* en esta materia seguiría siendo la ley 4 del título 30 de la Partida 7, donde se mantenía el principio de absolución del reo negativo. En el caso de Francia, en cambio, el art. 2 del tit. 19 de la Ordenanza Criminal de 1670 se había hecho eco de estos cambios, estableciendo la cláusula de la reserva de pruebas, autorizando a imponer cualquier tipo de pena, excepto la de muerte, en base a los indicios obrantes no obstante que el reo hubiera sobrepasado negativo el tormento. De este modo, cuando la corte ordenaba la interrogación bajo tortura con las palabras “*avec réserve des preuves en leur entier*”, el fracaso en la aplicación del tormento ya no purgaba al acusado de los indicios que contra él pesaban. Cfr. LANGBEIN, J. *Torture and the Law...* p. 51. También nos muestra este autor el cambio reflejado en la legislación del Imperio Alemán, comparando la Ordenanza Criminal Carolina de 1532 (que sigue el mismo principio que la ley de Partidas) y la Constitución Criminal Teresiana de 1769, en la que se admite la discreción judicial para aplicar pena arbitraria al reo que ha negado en el tormento. *Ibíd.*, p. 50. En el caso de la monarquía hispana, podemos citar dos disposiciones, que de algún modo se refieren a esta práctica. Una es de 1585, dictada por Felipe II en las Cortes de Valencia, en la que se reafirma el principio clásico contenido en P. 7, 30, 4 “*Que qualsevol Reo que será stat tormentat, ii havra passat los tormentos negant, no puixa esser apres condemnat en pena alguna, encara que extraordinaria, sino fos per altre delict plenament provat, per lo qual no fos estat tormentat...*”. Ya en el siglo XVIII, aparece una disposición que sí responde a la tendencia de condenar en pena extraordinaria al reo negativo, pero específicamente referida al orden militar: “*En tratándose de otro crimen, que el de desercion, como de asesinato, robo ú otro cometido en Guarnicion, ó en el Ejército, donde no hubiere confesion, ó prueba de testigos que se estime concluyente, ó indicios vehementes y claros que correspondan á la prueba de testigos, y conwenza el ánimo, se procederá en estos términos: si el delito merece pena capital, y hay medidas de pruebas por testigos, ó indicios, se acordará el tormento por el Consejo;...y estando el Reo confeso, y ratificando fuera del tormento dentro de las veinte y cuatro horas, se impondrá pena de Ordenanza correspondiente al delito cometido, ó la arbitraria si estubiere negativo*” Ordenanzas de S.M. para el régimen de sus Exercitos trat. 8. t. 5. Núm. 48. y 49. Impresas en madrid año de 1769. Ambas disposiciones aparecen en AZEVEDO, A. M. *Ensayo acerca de la tortura ó cuestión del tormento* (1770) Madrid 1817, p. 27 y 25 respectivamente. Esta obra es un buen ejemplo de la persistente discusión sobre la materia, a pesar de su consolidación en la práctica. Publicada en 1770, su autor si bien pone en discusión la institución misma, insiste especialmente en la injusticia de condenar al reo que ha resistido, abogando por eliminar esta innovación y volver a la disciplina originaria del tormento. Sobre este autor, y la polémica que suscitó su obra, se puede ver TOMÁS Y VALIENTE, F. *La tortura...*, p. 126–130 y 168–169. Un ejemplo de cómo la cuestión seguía siendo resuelta de forma tópica lo podemos ver en un dictamen del fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires que, en 1789, pedía la aplicación de una pena arbitraria para un reo que había resistido en el tormento dado con reserva de pruebas. Decía el fiscal que, “*aunque no faltan opiniones propensas a la impunidad que por aquella expresión de la ley: débenlo dar por quito* [se refiere a la norma de P. 7. 30. 4] *sostengan que se debe absolver al reo negativo en el tormento, la más común de los prácticos, y más recomendables regnícolas, y lo que es más la general práctica de tribunales, estimada por el mejor y más autorizado intérprete de las leyes, es imponerles la [pena] arbitraria, agravándola según las circunstancias, principalmente habiéndose puesto en la sentencia de tormento pronunciada en esta causa, que se dejaban a salvo las pruebas que habían del delito...*”. La transcripción de la vista fiscal en LEVAGGI, A. *El virreinato Rioplatense en las vistas fiscales de José Marquex de la Plata*, 3 t., Buenos Aires 1988, t. II, p. 576.

la postre resultaba más *útil*, con la misma base de convicción, enviar al reo a galeras o a prestar algún servicio a la república?⁸¹ Ahora podemos preguntarnos, ¿cuál de los sentidos de cambio señalados se impuso en la práctica? ¿Se torturó más sistemáticamente en función de las posibilidades que brindaba una disciplina más flexible o se evitó la tortura aprovechando la posibilidad de aplicar penas *arbitrarias* que no exigían una confesión, que podían aplicarse sobre simples indicios y que redundaban en beneficios a la *república*?. La respuesta dependerá del lugar y la época y de la posibilidad de realizar estudios en archivos judiciales con cierto rigor estadístico. Mientras no se haga esta tarea, podemos aventurar alguna respuesta atendiendo a la impresión de los historiadores que se han preocupado por esta cuestión y han revisado series de documentación judicial en diferentes contextos.

Atendiendo a los textos que permitían las interpretaciones más flexibles sobre la disciplina de la institución, Tomás y Valiente ha caracterizado el uso del tormento en Castilla, como una práctica “abusiva, extensiva y arbitraria”, hablando incluso de un progresivo endurecimiento de su régimen hacia el siglo XVII⁸². En el mismo sentido, Las Heras Santos estudiando la justicia penal castellana de los siglos XVI y XVII, sostiene que de la documentación consultada “se desprende que la tortura no era un mecanismo excepcional de investigación de los delitos, sino que las fuentes demuestran su dilatada extensión en la Castilla de los Austria”.⁸³ Aunque los autores no explicitan argumentos cuantitativos, sus afirmaciones no dejan de ser coherentes con la descripción de una práctica procesal en la que se habían removido con excepciones los recaudos que hacían del tormento un remedio subsidiario.⁸⁴ Por su parte los historiado-

⁸¹ Sobre la *utilidad* como criterio punitivo moderno, TOMÁS Y VALIENTE, F. *El derecho penal...* p. 390; PIKE, R. *Penal Servitude in Early Modern Spain*, Madison 1983; ALONSO ROMERO, M. P y HESPAÑHA, A. M. “Les peines dans les pays ibériques (XVIIe-XIXe siècles)” en *RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN*, LVII, 1989, pp. 195-225, pp. 209-211. Sobre la pena de galeras, típica pena extraordinaria de la edad moderna, PIKE, R. “Penal Servitude in Early Modern Spain: the Galley”, en *The Journal of European Economic History*, v. II, 1, Spring 1982, pp. 197-217 (incluido en el volumen antes citado). Se ha calculado que un 73% de los remeros de los Austrias provenían de condenados al servicio de galeras, cfr. HERAS SANTOS, J. L. “Los galeotes de los Austrias: la penalidad al servicio de la Armada” en *Historia Social*, Invierno 1990, 6, pp. 127-138, y HERAS SANTOS, J. L. *La justicia penal de los Austria en la Corona de Castilla*, Salamanca 1994, p.312.

⁸² TOMÁS Y VALIENTE, F. *La Tortura...* p. 225.

⁸³ LAS HERAS SANTOS, J. L. *La justicia penal...* p. 182.

⁸⁴ Según ALONSO ROMERO, M. P. *El proceso penal...* p. 250-251, el hecho de que el tormento se aplicase en la fase sumaria, y aún en delitos que podían considerarse plenamente probados (con el fin de indagar al reo sobre sus cómplices o bien para que la sentencia fuese inapelable por estar confeso el delincuente), demuestra que en la práctica castellana moderna el tormento había dejado de ser un remedio subsidiario.

res americanistas parecen coincidir en la impresión de que las justicias coloniales rara vez acudían al uso formal del tormento, a juzgar por el escaso registro que de dicha práctica ha quedado en las actas procesales. Así por ejemplo, lo sostuvieron en su tiempo Alamiro Ávila Martel, de acuerdo con la práctica observada en la jurisdicción de Chile⁸⁵, y Tomás Jofré en el estudio de las causas criminales instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII.⁸⁶ La misma percepción ha tenido posteriormente Abelardo Levaggi⁸⁷, y en similares términos se han manifestado Tamar Herzog, analizando la práctica quiteña⁸⁸ y Charles Cutter, quien no encontró ni un solo caso de tortura judicial entre los registros criminales que revisó para estudiar la cultura legal del norte de la Nueva España.⁸⁹

Por nuestra parte hemos revisado la series documentales de los procesos judiciales conservados en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (Argentina). En la muestra realizada sobre los procesos conservados entre 1598 y 1808 son escasas las referencias a la cuestión del tormento en los registros criminales de Córdoba del Tucumán y menos aún los casos en los que efectivamente se formalizó en las actas el ritual de su ejecución.⁹⁰ Este escaso número de registros parece indicar que los jue-

⁸⁵ “En nuestro país tuvo muy poca aplicación... En los expedientes criminales examinados por nosotros – agrega el autor chileno – hallamos un sólo caso de sentencia de tormento, y aún en ese no se aplicó, pues bastó la intimidación para que confesara el reo”. AVILA MARTEL, A. *Esquema de Derecho Penal Indiano*, Santiago de Chile 1941, p. 44

⁸⁶ “El tormento... puede decirse que se aplicó, muy rara vez, durante la colonia en lo que a Buenos Aires se refiere” aclarando un poco más adelante que “En los procesos existentes en el archivo de los tribunales que hemos revisado, solamente en un caso se aplicó el tormento á los acusados”. JOFRÉ, T. *Causas Instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*, Buenos Aires 1913, pp. XVIII y XX.

⁸⁷ “Entre nosotros el uso del tormento no fue frecuente y llegó a ser excepcionalísimo en las últimas décadas del período indiano”. LEVAGGI, A. *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires 1978, p.30

⁸⁸ “El sistema penal quiteño - nos dice Herzog - no recurría frecuentemente al tormento”, agregando que, aunque pedido por los fiscales o por las partes, “los jueces solían denegarlos y los oidores revocaban las decisiones de los tribunales inferiores que la admitían”. En el período estudiado (1650-1750), Herzog destaca que sólo en once casos fue practicado el tormento en Quito, sobre un total de 390 causas criminales. HERZOG, T. *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid 1995, p. 232

⁸⁹ “No one example of judicial torture, however, has surfaced from among the hundreds of criminal cases in either New Mexico or Texas”. CUTTER, C. *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*, Albuquerque 1995, p.123.

⁹⁰ En nuestra muestra, aparecen referencias al tormento en ocho casos sobre 352. Sólo en dos de ellos se ejecutó el ritual: (A)rchivo (H)istórico de la (P)rovincia de (C)órdoba, (E)scribanía 1, 21, 1, 1609 y (C)riminal 3. 12, 1714. En los seis casos restantes, pedido el tormento por el querellante o por el promotor fiscal, o bien los jueces resolvieron sin expedirse al respecto (AHPC. C. 1, 12, 1687; C. 4, 1, 1718; C. 28, 11, 1773; C. 31, 3, 1776 y C. 85, 6, 1799), o la medida fue revocada en el tribunal de alzada (AHPC. C. 46, 6, 1789).

ces no recurrían con frecuencia al rito formal del tormento⁹¹. Sin duda que influye aquí también el hecho de tratarse de una jurisdicción en la que sólo había jueces de primera instancia. En este sentido, hacia el siglo XVIII, podía tenerse la percepción de que también en Castilla el tormento era infrecuente en los tribunales ordinarios de primera instancia. Así, Manuel Silvestre Martínez sostenía que no era común que los Alcaldes y Corregidores (jueces de primera instancia por antonomasia) diesen tormento, porque las causas en las que podía tener lugar esta medida eran avocadas por los Tribunales Superiores. Aun cuando el jurista dieciochesco reconocía la competencia de los magistrados inferiores para utilizar la tortura, puesto que podían imponer penas capitales, concluía afirmando que “*será raro el Juzgado inferior donde llegue el caso [de aplicar el tormento], especialmente fuera de la Corte*”.⁹² Unas décadas antes de su abolición formal, en el contexto hispano al menos, la tortura parecía un rito excepcional reservado a la alta justicia de la corte.

V. REFLEXIONES FINALES

Un sostenido consenso historiográfico ha contribuido a delinear una determinada morfología evolutiva de la historia del procedimiento judicial, lo que responde, en alguna medida, a una tendencia común en la historia institucional⁹³. En ese tipo de morfologías se suceden una serie de etapas evolutivas que acercan o alejan determinados aspectos de las experiencias pasadas según el enfoque del historiador. En el caso concreto del procedimiento judicial, y específicamente del procedimiento penal, las líneas maestras del dibujo evolutivo son bien conocidas: de las formas irracionales o supersticiosas se pasa a una época de racionalidad pero con vocación autoritaria para finalmente arribar a un estado de racionalidad no autoritario. Así, al mundo mágico de las ordalías, propio de la mentalidad primitiva de origen pagano (o *germánico*), le sucede un

⁹¹ Más precisiones sobre la práctica local en Córdoba del Tucumán, en AGÜERO, A. “Sobre el uso del tormento...cit. .

⁹² MARTÍNEZ, M. S. *Librería de jueces...*, t. III, Cap. III, n. 33, p. 164.

⁹³ Para los problemas implicados en la visión evolutiva de la historia de las instituciones, puede verse HESPANHA, A. M. “Una nueva historia política e institucional”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XLI, Nro. 166, (octubre-diciembre 1996), pp. 9-45, ahora incluido también en su HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, trad. Isabel Soler y Concepción Valera, Madrid 2002, pp. 30-57.

desarrollo racional alentado desde la elite eclesiástica de los siglos XII-XIII que materializa el dominio de la modalidad procesal inquisitiva hasta finales del XVIII. Durante este largo período tiene lugar el reinado de las pruebas legales, la confesión y la tortura judicial, como una degeneración producida por el riguroso esquema probatorio y la afanosa búsqueda de la certeza. Finalmente, tras una época de transición, mientras la vocación autoritaria se revierte con el reconocimiento de las garantías individuales, el rigor de las pruebas legales se supera con un sistema de *libre* convicción judicial en el que los riesgos de la *libertad* del juez se ven compensados por los controles de la *sana crítica racional*.⁹⁴

No faltan razones para asumir gran parte de las explicaciones que contribuyen a sostener este esquema. Sin embargo hay aspectos que pueden ser revisados en pro de una comprensión menos comprometida por la perspectiva del presente. Por ejemplo, la calificación de las ordalías como “irracionales” e incluso como “paganas” o propias del derecho “germánico” cumple en parte la función de distanciar una costumbre antigua y desacreditada, mientras abre el camino para un enfoque evolucionista en el que los reformadores del siglo XII, cristianos y romanos, emergen como miembros de un movimiento progresivo con el cual el historiador actual puede identificarse más cómodamente. A partir de aquí entra en juego la *racionalidad* de las reformas eclesiásticas y de los conceptos propios del derecho romano canónico que con su rigurosa búsqueda de la certeza desemboca necesariamente en el primado de la confesión y la tortura. Esta operación tiene dos claves de lectura del pasado diferentes que se usan en uno u otro sentido según la perspectiva del historiador. Afirmar el origen “germánico” o el carácter “pagano” de las ordalías, por ejemplo, significa solapar con una causa externa la activa participación de las autoridades cristianas en su práctica y la función que cumplieron en las comunidades, también cristianas, hasta el siglo XIII⁹⁵.

Por otra parte, al contraponerse la irracionalidad de las ordalías con la racionalidad de las reformas romano canónicas, no sólo se asume un pun-

⁹⁴Una reciente historia procesal que sigue fielmente este esquema, puede verse en SORRENTINO, T. *Storia del processo penale...*: “Oggi, ad esempio, il giudizio si fonda sul determinante assioma del libero convincimento del giudice. Ciò significa che, tramontato il ricorso a metodi di prova irrazionali, sono anche superate le teorie così dette di prova legale quali è ricorso l’antica criminalistica... I progressi nel campo della conoscenza processuale sono evidenti. Il libero motivato convincimento, sorretto dalla logica, evita le gravi degenerazioni conseguenti alla preoccupazione di circoscrivere l’arbitrio del giudice attraverso la prestabilita gerarchia della prova”. p. 35.

⁹⁵Sigo aquí las reflexiones hechas por Robert BARTLETT en su *Trial by fire ...*, pp. 156-157.

to de vista absoluto en torno al criterio de racionalidad⁹⁶, sino que se bloquea la perspectiva para atender y explicar las múltiples y ostensibles manifestaciones de providencialismo (de misticismo, hemos dicho antes) que continúan presentes en el discurso jurídico político durante la baja edad media y la modernidad, al tiempo que se desconocen los efectos que, sobre la *prueba*, produce la continuidad de una episteme que admite como materialmente verdaderos enunciados que hoy descartamos por metafísicos. Sin negar los cambios sustanciales que vienen implicados en la difusión de la cultura del *derecho común*, creemos que ese contexto así opacado por la morfología historiográfica es el que resulta parcialmente compartido por las ordalías y la tortura judicial en su primera fase. Ni el abandono de las ordalías se explica por su irracionalidad ni, como lo hemos sugerido, la tortura judicial representa exclusivamente un mecanismo que responde a un novedoso criterio de racionalidad.⁹⁷

Ordalías y tortura operan en el seno de una cultura que sigue estructurada en función de un orden religioso y que, por lo tanto, integra elementos meta empíricos en su episteme y exige un sólido nivel de adhesión ideológico para que aquellos elementos trascendentes tengan *existencia*. Es cierto que hay principios nuevos. Es cierto que la tortura judicial del derecho común, construida desde los textos romanos, tiene también una lógica de investigación de la verdad (en términos actuales) y que por eso, por ejemplo, no incide exclusivamente sobre el acusado, sino que es utilizable igualmente con los testigos⁹⁸. Pero, si la historia procesal ha sido (re)construida a partir de los elementos más familiares a las instituciones del presente, no está de más considerar también aquellos aspectos que, haciendo parte de la textura imaginaria del universo de la época, influían en la significación de las prácticas institucionales. Delitos que hoy se presentan tan irracionales como la brujería fueron igualmente perseguidos por medio de ordalías y tortura. Cabe preguntarse, ¿en qué medida

⁹⁶ Lo que ya resulta discutible, "To say that a belief is rational is to talk about how it stands in relation to other belief" MACINTYRE, A. "Rationality and the Explanation of Action" en *Against the Self Images of the Age*, Londres 1971, p. 250.

⁹⁷ Como lo ha demostrado Bartlett, el abandono de las ordalías no se debió a un cambio de creencias que las hubiera convertido en un sinsentido. "The critics of the twelfth century tried to condemn the ordeal by referring to Scripture and the canons. They argued that the ordeal was wrong, not that it was nonsensical. As has been pointed out above, the ordeal was deemed irrational once the case for its being uncanonical and an illicit tempting of God had been established". *Ibid.*, p. 165.

⁹⁸ Con este argumento FIORELLI toma distancia las tesis que plantean una estrecha conexión entre la tortura bajomedieval y las ordalías. FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*t. 1, p. 9.

opera más *racionalmente*, siempre desde nuestra perspectiva, un método de investigación que se aplica sobre el delito de *brujería*?

En ese contexto es donde hay que buscar la significación de una de las reglas fundamentales de la tortura judicial del derecho común. El efecto purgativo que produce la resistencia negativa del reo, no sólo con respecto a los indicios sino incluso con relación a una plena prueba independiente, es una construcción doctrina que apenas tiene asidero en los textos romanos y que sin embargo es unánimemente compartida por la doctrina bajomedieval.⁹⁹ ¿Cómo valorar la *racionalidad* de un método de prueba cuando uno de sus efectos posibles puede consistir en neutralizar una prueba alcanzada de forma previa e independiente?. La posibilidad generalizada desde mediados del siglo XVI, como hemos visto, implicó la negación de dicho efecto justificándose el cambio en el hecho de que la pena no era la ordinaria, sino una pena *moderada*, fijada según el *arbitrio* del juez. Entonces ambas soluciones funcionaron como alternativas, según casos y circunstancias. Pero estas posibilidades ya señalaban una apertura de la cultura y del discurso político hacia otras funciones del poder.

El “*horror al rapidísimo castigo*”, como decía un jurista en la segunda mitad del siglo XVII, podía servir entonces para justificar una de las variantes típicamente modernas a la disciplina teórica de la tortura judicial: “*la imposición de tortura con base a la instrucción sumaria* (es decir, en la primera fase de la investigación y sin darle vista al reo), *en solo tres o cuatro casos de delitos muy atroces, ha evitado durante diez años muchas atrocidades*”.¹⁰⁰ Del mismo modo que en algunos países ocurre hoy con la prisión preventiva, la coacción procesal adquiría una función de prevención general. La acción preventiva del poder público era parte de las novedades del discurso político moderno y el rápido castigo era un ideal de respuesta cada vez más imperioso para una justicia penal destinada llenar los espacios dejados por otros ámbitos disciplinarios en retroceso¹⁰¹.

⁹⁹ FIORELLI, P. *La tortura giudiziaria...*t. 2, p. 138.

¹⁰⁰ “*Pues de este modo una enorme multitud de gentes ha sido controlada por seis u ocho Magistrados*”. Son palabras de Lorenzo MATHEU I SANZ, sacadas de su *Tractatus de re criminali*, (1675), traducidas y transcritas en TOMÁS Y VALIENTE, F. *La tortura...*, p. 90.

¹⁰¹ La ejecución de actos represivos con carácter preventivo era una manifestación del discurso promovido a comienzos de la edad moderna sobre la *Potestas política et economica* del príncipe, con el que se legitimaban las acciones del poder público sobre ámbitos que tradicionalmente estaban exentos del radio de acción de las potestades ordinarias derivadas del poder jurisdiccional. El objetivo era evitar daños futuros y preservar y defender la paz pública. Cfr. DE BENEDECTIS, A. *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna 2001, pp. 336-339. Para la transformación de las concepciones sobre la función del sistema penal en el antiguo régimen, HESPANHA, A. M. “De Iustitia a Disciplina” en ID., *La gracia del derecho...*, pp. 203-273

En un campo de conceptos tradicionales despuntaban novedades que serían reformuladas por la ilustración en su proyecto de un derecho penal de vigilancia continua (en el tiempo y el espacio) y con respuesta *moderada* (no por arbitrio sino por ley) pero inmediata.¹⁰²

Como hemos visto antes, no se pudo dar una respuesta definitiva a las consecuencias de estos cambios modernos en la práctica del tormento. Tal vez en la corte se acentuaran los nuevos patrones para favorecer un uso abusivo, como lo han señalado los autores citados, mientras que en el caso de las periferias y las instancias ordinarias el escaso registro documental y testimonios como los de Manuel Silvestre Martínez quizás sean una pauta para confirmar la hipótesis de que la extensión del recurso a la pena extraordinaria convirtió al tormento en un rito evitable y de carácter excepcional. Así habría quedado preparado el terreno para que la crítica dieciochesca ajustara el procedimiento penal a una nueva sociedad que se empezaba a concebir como suma de individuos dotados de derechos y en la que el poder y las acciones institucionales tenían ya claramente una legitimación de tipo convencional sobre la base de una episteme empirista. El valor asignado a partir de entonces a la autonomía de la voluntad individual, erigida en uno de los pilares del nuevo orden, haría que la tortura ya no tuviese encaje posible en el discurso que da sentido a las instituciones jurídicas en occidente. Al menos hasta ahora¹⁰³.

¹⁰² Beccaria le dedica un capítulo entero a la inmediatez de la pena: “*Tanto mas justa y útil será la pena quanto más pronta fuere...*”. En otro capítulo parece anteponer este principio al propio derecho de defensa: “*conocidas las pruebas y calculada la certidumbre del delito, es necesario conceder al reo tiempo y medios oportunos para justificarse; pero tiempo tan breve que no perjudique a la prontitud de la pena...*” BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas (1774), Barcelona 1994, Cap. 19 p. 60 y Cap. 30 p.84 respectivamente. Sobre el ideario penológico de la ilustración, FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar...*, esp. pp. 77-86.

¹⁰³ “Un informe de EEUU justifica el uso de torturas en Irak y Afganistán. Un equipo legal defendió que el presidente puede ordenar maltratos”, EL PAIS, Madrid, 9 de junio de 2004, p. 5.