

EN TORNO A LA TORTURA

«Va siempre pensativo y triste porque los demás ladrones que allá quedan y aquí van le maltratan, y aniquilan, y escarnecen, y tienen en poco, porque confesó y no tuvo ánimos de decir nones. Porque dicen ellos que tantas letras tiene un no como un sí, y que harta ventura tiene un delincuente, que está en su lengua su vida o su muerte, y no en la de los testigos y probanzas; y para mí tengo que no van muy fuera de camino.

–Y yo lo entiendo así –respondió don Quijote» (part. I, cap. XXII).

«El mes que viene la tortura quedará eliminada del Código Penal» (Julio César, en *Los idus de marzo*, cap. II, por Thornton WILDER.)

Sobre este tema he mantenido con Francisco Tomás y Valiente, cuya heroica muerte conmemoramos en este *Anuario*, del que fue eminente colaborador y en cuya dirección nos prometíamos un largo y feliz reinado, un intermitente coloquio a distancia que últimamente confiaba en que fuera una tranquila recapitulación, si él reanudaba la hospitalidad de su cátedra que me concedió hace más de veinte años, en Salamanca. Es ahora cuando he visto reunidos sus cinco estudios fundamentales sobre *La tortura en España*, 1973, con algunas novedades para mí, pues sólo conocía los publicados en este *Anuario* y los publicados en otras sedes, con cuyas separatas me obsequiaba, cumpliendo siempre la grata perspectiva y las ilusiones que uno se hace cuando otorga el voto para una cátedra a la que acababa de volver después de una elevada y enriquecedora experiencia de magistrado y presidente de un alto tribunal ¹. Por mi parte, confío que le hubiera

¹ F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Tortura en España Estudios históricos*, Barcelona, Ariel, 1973. Veinte años después, en 1994, al presentar la segunda edición, tuvo la satisfacción de poder decir

complacido ver que teníamos un punto inicial de acuerdo en un escrito mío, del que muy tarde, en 1988, por la mención que del mismo había hecho en 1958 José María Castán Vázquez, supe que se había publicado, en 1947, y precisamente en una revista valenciana, escrito mío, que tenía olvidado, y donde trataba del valenciano Juan Luis Vives «ante el derecho»². Entonces escribí, y ahora lo copio con pesar porque sea tan tarde:

«En varios momentos de su vida, Vives se ha mostrado como un hombre digno, resuelto y valiente. Hay una cuestión jurídica que Vives trató como

«Hoy en día en España no se tortura » Se refería, como es lógico, al ordenamiento constitucional, al régimen legal y a la regulación de la tortura como delito en el Código Penal. Le constaba la voluntad de que en ningún caso se practicase la tortura en forma alguna. Y declaraba su opinión según la cual los condenados como torturadores por sentencia firme, en ningún caso, debían ser indultados, pues el indulto manifestaría una benevolencia y una comprensión que ningún torturador merece. «Ninguno. En ningún caso.» En su espléndido *Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969, me había impresionado, como a todo ser humano, el documento del año 1648, sobre la práctica de la tortura en Madrid (pp. 414-419), que reprodujo en el primer estudio citado (pp. 16-26), y del que dijo: «no quiero hacer una glosa del texto». No era necesaria para suscitar horror hacia esa práctica. Pero, en mi condición de modesto jurista, me admiró y determinó mi posición ante esa práctica universal y, como dijo Fiorelli, «obvia», el que se hubieran consignado notarialmente todos los lastimosos detalles de aquella operación, realizada mediante un auto de tormento, previa consulta de los alcaldes de Casa y Corte, en presencia del teniente de corregidor, y previas todas las advertencias legales que conocen los lectores de la VII Partida, comparándola con la bárbara y clandestina manera de aplicar el tormento, sin límites ni formas, en las dictaduras y en las democracias, en la monarquías y en las oligarquías, resolví que la civilización jurídica de 1648 era superior y más clara que el presente. Y mi convicción de que habiéndose suprimido el derecho de guerra, el derecho de esclavitud y el derecho de tortura, tenemos simplemente guerra sin derecho, esclavitud sin derecho y tortura sin derecho. Señalaré el extremado parecido que con el acta de tormento editada por Tomás y Valiente presenta la que, con el mismo propósito de combatir la tortura reprodujo el italiano Pietro Verri (1728-1797) en el capítulo VI de sus *Osservazioni sulla tortura*, donde se registran todos los detalles de la práctica y la reacción del que la padecía. Cfr edición en la Biblioteca Universal Rizzoli, 1961, con estudio y notas por Gianluigi Barni. También Fernand MITTON, *Tortures et supplices en France*, París, Daragón, 1909, en su cap. III «La question ou torture», que, optimista, considera «sólo un triste recuerdo del pasado», indica que el notario presente registraba «las quejas, los gritos de dolor, los desfallecimientos del torturado». Se basa en las ordenanzas de 1539 y 1670, pone de relieve la función de la amenaza, y la exclusión de la práctica en favor de las mujeres y de los enfermos e inválidos; consigna la literatura humanitaria que preparó la abolición, por Luis XVI, en 24-8-1780 de la *question preparatoire*, y la definitiva, en 8-5-1788, aconsejado por su lugarteniente Lenoir, en un elocuente documento (pp. 206-211) que expresa las vacilaciones del rey ante la grave medida. De 1789 es el decreto de abolición por la Asamblea Constituyente.

² «Luis Vives ante el Derecho», *Revista General de Derecho* (Valencia), 1950, pp. 549 y ss. Lo citó CASTÁN VÁZQUEZ, para corroborar la opinión según la cual Vives no fue jurista en su estudio «El derecho civil en la obra de Luis Vives», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XI, fasc. II, ps. 411-434. Lo había escrito en 1947, como complemento a un trabajo escolar premiado en 1940, por la Facultad de Derecho, en el que, a los alumnos de 3.º y 4.º, se nos había preservado del aspecto jurídico del insigne humanista. Ahora, visto el «conflicto de las Facultades» sobre el que disertó Kant, considero que, en la tortura y en cualquier otro tema, hay un abismo entre el punto de vista de los juristas y el de los humanistas. Quienes participan de la doble condición no pueden salir del conflicto, que ha formulado de modo definitivo san Agustín (*vid infra*)

una cuestión personal. Y su valentía no es simplemente la anécdota de enfrentarse con una opinión contemporánea común, sino que se alza sobre el tiempo y se enfrenta con otra actual.

El tormento judicial se considera desde la recepción romanista —que con su proverbial superioridad técnica aporta radicales inferioridades antiguas y orientales— como algo sumamente útil y del todo legítimo. El derecho europeo anterior a la Recepción no había carecido de violencia y arbitrariedad —como la venganza privada y la elección judicial de enemigo— pero su sentido creador evolucionaba hacia eliminarlas y hacer de ellas formas rituales. En el caso del Tormento la escuela de los juristas sigue el camino contrario: ingiere en una forma ritual auténtica crueldad. La opinión de los jurisconsultos es unánime: y ese apasionamiento con que se defiende el tormento —cuando una epístola de un Papa lo condena, la turba de los juristas acude a tapar la brecha— en rigor no tiene objeto, sino que polemizaba con su negra sombra. Pues bien, Vives se alza contra el tormento judicial en un párrafo que se inicia con suave ironía de erudito, se despliega con la lógica de los argumentos y culmina en la apelación a la cristiana piedad. “Verdaderamente fue invención de Tarquino o de otro tirano aún más cruel la idea de averiguar la verdad por medio de los tormentos; pues el dolor obliga a mentir aun a los inocentes... Tenemos, a la verdad, almas de verdugos; pues podemos sufrir los lamentos arrancados por el dolor a hombres cuya culpabilidad ignoramos.” Hay ahí el valor de mantener una opinión de razón humana y de sensibilidad, frente a otra que aún sin contradicción se revolvía airadamente en sí misma.

Pero existe una actitud paralela a la de esos defensores de antaño del tormento: la de historiadores de hogaño que lo justifican relativamente para una época en la que el acuerdo, a lo que parece, era tan absoluto. Tan torpe como aquella razón jurídica es esta razón histórica. Y también es valeroso el gesto de Vives al clavar la bandera en aquel tiempo, muy lejano todavía a la reforma humanitaria del derecho penal»³.

Lo cierto es que en mi primer programa de la asignatura (1950), no hay mención expresa del tormento, sino que debe suponerse englobado bajo la rúbrica del

³ No escribiría hoy lo que escribí hace medio siglo, y sin embargo lo respeto y me alegro de que fuera impreso y publicado en 1950, lo que me ahorra explicaciones. Me sigue pareciendo equivocada la actitud de los historiadores que justifican barbaridades o aberraciones del pasado, con el pretexto de que «eran cosas de aquellos tiempos». No. Las barbaridades y aberraciones lo son independientemente del tiempo, que en este sentido es mentira, y el historiador, si lo hace, puede juzgarlas con un criterio moral absoluto. Otra cosa es que el dolor de la tortura, que hiere la sensibilidad de los modernos habituados a la anestesia y los analgésicos, haya tenido un significado diferente para una humanidad que soportaba los dolores y atenuaba la cirugía con unos tragos de vino. Y, como hice notar en los coloquios, el dolor no sólo se produce en las salas de tortura judicial, sino en los hospitales, en cruentas curas y en análisis como el que Ortega y Gasset llamó pavorosa endoscopia (OCC, V, p. 478) aparte de las angustias indescriptibles que se sufren allí donde no llega la terapia del dolor. Hoy observo que mi escrito de 1940 refleja una confusión entre esferas distintas: la del derecho, la moral y la política. El mundo de la guerra conoce la tortura como uno de sus métodos violentos que ha reflejado muy bien THORTON WILDER en su novela *Los idus de marzo*.

procedimiento criminal. Es en el de los cursos 1955 y 56 cuando se especifica, como última pregunta del programa, y ello, seguramente, fue el efecto de la práctica docente, pues mi selección de *Textos jurídicos españoles*, publicada en Pamplona en 1954, «formada a través de varios cursos de historia del derecho privado, penal y procesal» en el 2.º cuatrimestre del 4.º año de licenciatura, recoge en cuatro números de su último apartado, «Tormento», las leyes de Partidas VII, 30, 1 y 2, relativas a su definición, ventajas y quiénes pueden mandarlo y en qué casos; la ley IX, 5, 3 del Código de Tortosa, según la cual es necesario que el testimonio dado en el tormento sea confirmado fuera del mismo; un texto muy expresivo sobre el tormento de fuego, de la *Política de Corregidores*, V, 3, 21-3, de Castillo de Bovadilla, a quien su uso en un caso atrozísimo le acarreó un pleito, y la ley del Fuero de Vizcaya (1527) I,12 que prohíbe dar tormento ni amenazar con él a todo vizcaíno sobre cualquier delito, público o privado, grande o liviano, tanto dentro como fuera de Vizcaya. Tomás y Valiente, en 1963-64, indicaba que en las obras generales sobre HDE «hay alguna breve alusión al tormento judicial, pero la falta de una investigación monográfica profunda impide que nuestros conocimientos sobre dicha institución sean satisfactorios»⁴. Mencionó la HDE por Minguijón, en los manuales *Labor*, 1927, de la que no dispongo, y el *Manual* de Riaza y García Gallo, 1934-35, donde, en efecto, estos autores registran que «Chindasvinto sustituyó con el tormento la prueba caldaria, mientras bajo Egica quedó el tormento sólo para el caso de ser adversa la misma» (num. 150); que en 1592 las Cortes de Aragón excluyeron del principio de mayoría de los brazos los fueros referentes al tormento (p. 542); que «como los tribunales civiles (en el de la Inquisición) se admitía el tormento para arrancar la confesión del acusado y la delación de los cómplices» (p. 586). Riaza vuelve, en núm. 680, a relacionar el tormento con la caldaria y siguiendo a Mayer supone que en el tormento se aplicaba el talión al acusador vencido. Sin que, curiosamente, se registre lo más brillante y sonoro del Instituto: su abolición por las Cortes de Cádiz. Una exposición densa y elaborada del tormento, «vinculado al derecho romano y al canónico» es la que ofrece Jesús Lalinde en su *Iniciación histórica al derecho español*, 1970, núm. 1104, con detalles significativos acerca de su introducción, difusión, fuentes (las Ordenanzas militares de Carlos III), excepciones, modalidades, el muy valioso para mí de la relación entre tormento y verdad, y el fundamental de su abolición definitiva en 1814. También me agrada su justa observación de que «en Guipúzcoa y Álava se libere (del tormento) casi toda la población por su condición de hidalguía», que conocemos respecto a Vizcaya. En relación con esto mencionaré el estudio del historiador don Natalio

⁴ F TOMÁS Y VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *Anales de la Universidad de La Laguna* Facultad de Derecho, 1964, separata. Ahora en *La tortura en España*, 2.ª ed, pp. 93-141.

Rivas, sobre la «conspiración del triángulo» de 1816, en el curso de la cual el rey Fernando VII autorizó por una orden autógrafa, la aplicación de los «apremios», a pesar de haberlos él abolido, por su decreto de 1814, en contra de los sospechosos, uno de los cuales cedió al dolor y cantó, mientras que el vizcaíno Juan Antonio Yandiola resistió heroicamente más de cuarenta horas, como le gustaba a Cervantes, llegando a padecer síntomas de asfixia, de lo que el alcaide dio aviso al juez. «Convencidos de que estaba dispuesto a morir antes que hablar –dice don Natalio, para quien el procedimiento era “salvaje y abominable”– se le levantó el apremio que, por cierto, le dejó reliquias enfermizas, de la cuales no curó durante su vida.» Pero sólo fue condenado a destierro, precisamente, en su pueblo natal, Galdames, de Vizcaya, no obstante lo cual el rey, que anteriormente le había consultado sobre asuntos financieros, más adelante tomó sus consejos y le hizo ministro de Hacienda en 1823. En cambio, el conspirador Richart, que más débil, había sucumbido al dolor del tormento y había acusado a Yandiola, fue condenado a muerte y ahorcado ⁵. Es notable también que Tomás y Valiente, en

⁵ Natalio RIVAS SANTIAGO, *Anedotario Histórico*, Madrid, Crisol, s.a., pp. 553-570 La abolición por Fernando VII, Real Cédula de 23 julio 1814, no se encuentra en la *Colección de Decretos*. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, 2.^a ed., 1994, p 138, remite a Archivo Histórico Nacional, SACC, 1814, ff. 1368 a 1370. Claro está que me parece superior aquella actitud del magistrado Arjona, que solicitó autorización regia para aplicar una prueba acostumbrada, ya abolida, y que él consideraba necesaria y el sentido de responsabilidad del monarca, que asumió la excepción a su propio decreto, a la práctica universal de abolir el tormento y aplicarlo a caño libre, clandestina e ilimitadamente. En nuestros días el parlamento del Estado de Israel, de cuya pureza democrática nadie dudará, ha autorizado la práctica moderada de torturas en la represión del territorio árabe en Palestina Según GILLES LAFFON, France Press y *El Mundo del Siglo XXI*, Madrid, 10-5-97, el Comité contra la Tortura de la ONU, con sede en Ginebra ha considerado que los métodos de interrogatorio autorizados en Israel en la lucha antiterrorista, que «incluyen presiones físicas moderadas», son comparables con cualquier tortura. Obviamente, la moderación es un eufemismo, pues combatientes que exponen su vida y su integridad por una causa, cualquiera que sea, no van a ceder a unas presiones moderadas. A menos que por moderación se entienda la suficiente para arrancar la información deseada Naciones Unidas ha exigido al gobierno que prohíba esas prácticas. También es obvio que Israel es condenado en este caso no por practicar torturas, sino por haberles dado cobertura legal. Una imprudencia. El Comité rechazó la postura de Israel que justificaba el uso de ciertas medidas de presión física para obtener información que evitara la acción terrorista. A la condena del Comité el Gobierno de Israel ha respondido que «la primera responsabilidad del Gobierno es proteger las vidas y la seguridad de sus ciudadanos contra los terroristas que no respetan ningún convenio internacional». Claro está que estos convenios deben de ser los que regulan el derecho de guerra, pero sabido es que los gobiernos se niegan a reconocer la guerra subversiva o unilateral, que otorgaría beligerancia al terrorismo. Aparte de otros detalles, como los métodos *racionales* empleados, «desagradables pero no comparables con la tortura», la razón fundamental que se alega es «conseguir información de ataques terroristas que puedan ocasionar la muerte de inocentes» Distinción respecto a la tortura que trata de obtener confesión de culpabilidad. El argumento según el cual la tortura *degrada* a quien la sufre es difícil de sostener en este caso, puesto que el combatiente palestino puede sufrir, quedar mutilado o incluso morir, como es propio de las guerras, pero más bien se verá enaltecido y sus compatriotas le tendrán como un héroe si la resiste, mientras que si cede a la misma, dependerá de su fuerza física y moral

su *Manual* de 1979, al exponer una detallada reseña de la Constitución de Cádiz de 1812, omitiese la mención de su artículo 303, según el cual, «no se usará nunca del tormento ni de los apremios», en lo que por cierto le había precedido y con más precisión y rigor la Constitución de Bayona, 1808, que en su artículo 133 declaró: «El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión, o en la detención y ejecución, y no esté expresamente autorizado por la ley, *es un delito*», consecuencia de esta última que sólo muy recientemente se ha llevado al Código Penal ⁶. En los restantes manuales o exposiciones de conjunto, más recientes, centrados en las fuentes y en el Derecho político y administrativo, apenas se pueden encontrar referencias de fondo a la tortura.

Mi *HGDE* (Granada, 1968) comprende veinte entradas bajo la voz «tortura judicial», a saber: 1) (En el Código de Eurico se investigaban) los «crímenes mediante tortura de siervos» (p. 12); 2) (En *Las Partidas*) «se ha recibido el tormento judicial, que desconocían los fueros» (44-45); 3) (Aragón). «En 1325 se hizo una declaración y aumento del privilegio general, especialmente, que no habría tormento porque era contrafuero, a no ser por delito de moneda falsa, y esto todavía contra personas extrañas al reino, vagabundas o viles» (82); 4) (*Las Consuetudines ilerdenses* contienen) «unas pocas prescripciones sobre... el tormento... Nada más. Puesto que en materia penal regía el arbitrio de los cónsules; es decir, no había derecho» (106); 5) (Código de Tortosa) «El tormento judicial se admitía con muchas limitaciones: sólo en caso de violenta presunción, y no a personas de buena fama ni para obtener testimonio y sólo en una tabla de nueve casos que en 1272 había establecido la Composición de Josá (homicidio, fuerza, incendios, destrucción de bosque, hurto, rapiña, quebrantamiento de casa y de camino, carta falsa y muerte de ganado) por todos los cuales era permitido hacer inquisición, aunque ésta vedaba la aplicación de pena corporal y sólo permitía la pecuniaria» (107-108); 6) (Mallorca). «Según la carta puebla de 1230 debían aplicarse los Usatjes de Barcelona en las causas sobre *questionibus et tormentibus* a los malhechores» (116); 7) (Valencia) «Jaime II, al subir al trono, 1291, derogó algunos de estos fueros (de 1283)... como el límite a la inquisición, que

⁶ Aprobado en diciembre de 1995 para entrar en vigor en mayo de 1996. Cfr. José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Comentarios al nuevo Código Penal*, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, 15 (1996), pp. 91-112; concordancias, análisis y bibliografía. Ignoro los motivos que han aconsejado integrar la tortura entre los delitos contra la integridad moral, siendo la integridad física la afectada, como en el homicidio y las lesiones. La calumnia o la injuria sí dañan a la moral de la víctima, pero la tortura tanto si el afectado la resiste heroicamente como si humanamente cede a su violencia irresistible, deja intacta y aun fortalecida la integridad moral. Nadie puede pensar mal del torturado, incluso aunque se tengan ideas contrarias a la suya. En cambio sí afecta a la moral de una persona, por ejemplo, un agente de la autoridad, la acusación de ser torturador, sobre todo si se trata de una acusación falsa.

autorizó en toda clase de crímenes, así como el tormento judicial contra toda clase de personas, pero ya en enero de 1293 anulaba estos y otros derogamientos de los fueros» (129). Añadido en 1973: «En 1329 fue por último admitida la Inquisición, que debía ser realizada por el Justicia con ciertas garantías» (Ib); 8) (Orden de los Templarios) «En Aragón un Tribunal de la Inquisición, que los procesó en forma y aplicó el tormento, dictó sentencia absolutoria en 1312» (151); 9) (Conde-duque de Olivares) «Su acto inicial más significativo fue activar el proceso contra un ministro de la época anterior, que acusado de varios delitos relacionados con la administración, y también de alguna muerte arbitraria, se vio sometido a tormento, condenado a muerte y ejecutado». Añadido en 1973: confiscada su valiosa y sospechosa fortuna (Tomás y Valiente) (197); (Facultades de Derecho en Castilla) «Un profesor (?), en 1635, dedicaba dieciocho lecciones a la tortura» (259). 10) (Nativa condición de hidalgos de los vizcaínos, 1527) «La exención del tormento, no aplicable ni a los testigos falsos (pero sí en algunos delitos gravísimos) era más necesaria al generalizarse la pesquisa judicial» (278); 11) (Aragón bajo los Austria) «Los brazos de las cortes designaban también recogedores y examinadores de greuges o agravios, cuya actuación empezó a destacar desde la instalación en Aragón de la Casa castellana, cuyos jueces practicaban la pesquisa y el tormento» (301); 12) (Fueros de Aragón, 1547). «El (libro) IX ofrece un cuadro... del nuevo procedimiento criminal introducido en 1510... y los recursos del Justicia especialmente contra las cárceles privadas y el tormento que, contra fuero, introdujeron en diversos momentos los jueces reales» (305-306); 13) (Antonio Pérez, 1590) «Su abogado obtuvo para él la manifestación. Pérez había sido atormentado en Castilla; allí fue condenado a muerte en rebeldía; las dos cosas repugnaban en Aragón» (308); 14) (Cortes de Aragón en Tarazona, 1582) «Persistió el requisito de unanimidad para introducir: ... el tormento» (309); 15) (Recopilaciones catalanas) «El tormento judicial es mencionado legalmente por primera vez en 1481, para someter su práctica a garantías, sin que dicha mención perjudicase a los privilegios comunes o particulares de Cataluña» (356). 16) (Rebelión de Cataluña, 1640) «Para continuar la guerra las magistraturas catalanas, con la muerte en el alma, se vieron reducidas a practicar los mismos abusos que habían reprochado a los oficiales de Castilla... Los partidarios del rey castellano fueron sometidos a tormento, condenados a galeras y a confiscación: todos los contrafueros» (359-360). 17) «Luis Peguera, *Liber quaestiones criminalium*, 1585, ha contrapuesto el orden jurídico a la arbitrariedad. La inquisición (regia) aunque en sí misma era extraordinaria, por la costumbre había pasado a ser ordinaria; en todo este proceso y en su medio de prueba más grave, la tortura, el autor ha extremado el rigor de jurista. Los límites a esa práctica eran en Cataluña más cuidados que en el derecho común y castellano» (369); 18) (Mallorca bajo los Austria) «La ejecución de la pena de

muerte iba precedida de variadas mutilaciones... y un último tormento para averiguar la existencia de cómplices» (380); 19) (Reino de Sicilia) «Se había generalizado en los Tribunales el procedimiento *ex abrupto et palatino modo*, frente al privilegio de 1460 que prohibía aplicar el tormento, sino concluso el proceso. El *ex abrupto* consistía en atormentar al reo por proceso informativo y antes de que le fuera dada copia de los indicios. Esta circunstancia hizo que en Sicilia fuera deseada y bien acogida la justicia de la Inquisición (1487), y numerosos los individuos de todas las clases sociales que, como *familiares*, procuraban eludir aquella injusticia de los tribunales regios. En 1523 el parlamento protestó contra los abusos del *ex abrupto* que empezado a aplicar contra públicos ladrones y otras personas viles y difamadas, se extendió luego –como era lógico– a caballeros y hombres de título. De nuevo en 1540, 1543 y 1552 fue solicitado que en ningún caso se aplicase a aquéllos, ni a feudatarios ni doctores, sino únicamente a facinerosos e infames» (423), y 20) (Nápoles bajo los Austria) «La propia ciudad se había conservado inmune a ciertas innovaciones del derecho regio y de la práctica judicial del mismo origen. Así los napolitanos no podían ser torturados en proceso informativo» (444).

La exposición quedó detenida en el 1700. La Inquisición, incidentalmente aludida, debía ser objeto de un tratamiento separado y común a los diversos territorios; entonces sería ocasión de explayarse acerca de la dolorosa práctica. Al siglo XVIII quedaba reservada la reacción humanitaria contra la tortura, que, por otra parte, correspondía a una constante humanista, formulada por san Agustín, por Vives y por Montaigne.

El 23 de enero de 1969, participé en un ciclo sobre la Vida Humana en el Colegio de Santa Cruz la Real, de los Padres Dominicos, en Granada. Un compañero de la Universidad había tratado de la pena de muerte, y otro, sobre un tópico semejante, que no recuerdo. He conservado un texto redactado para la ocasión, como garantía, pero quizá el desarrollo oral pudo presentar algunas alteraciones, y en todo caso siguió un animado coloquio con un grupo de novicios dominicos, que se manifestaban dolidos y pesarosos de que su sabia Orden hubiera participado de algún modo en la odiosa práctica a través del Santo Oficio de la Inquisición. Voy a reproducir este texto, incluso con algunos detalles accesorios, esenciales siempre para mí:

«Voy a intentar un abordaje al tema de la vida por su lado o borde doloroso al tratar de la tortura. Tengo un pequeño motivo personal; pero si la Universidad no es personal, será sólo material. Hace unos días declaré públicamente, para celebrar el XX Aniversario de los Derechos Humanos que algo había que decir en favor de la tortura judicial, aunque aquella no era la ocasión⁷. Ahora

⁷ En efecto, mi escrito «Derechos Humanos», publicado en el diario *Patria*, de Granada, el 11-12-1969, p. 3, contenía lo siguiente «Nadie será sometido a torturas Admirable La tortura

se me presenta. Así como la de demostrar que aquello no era una broma. Yo hablo en broma muchas veces. Pero todo lo que digo es serio, aunque poco original ⁸.

Es con toda seriedad como –pesándome mucho– debo decir algo en favor de la tortura. Algo acabo de decir y creo que es lo fundamental: la tortura es un dolor y no solamente un dolor humano; también los animales son torturados. ¿A ustedes les es indiferente? A mí no. Es amarga, pero me gusta (lo amargo más que lo dulce, como dicen ahora que les pasa a los niños). De otro modo, no estaría hablando de ella. También a los humanitarios les gusta: les sirve para escupir sobre sus enemigos.

Una breve indicación bibliográfica. Fiorelli, en 1953-54, bajo el título de *La tortura giudiziaria nel diritto commune* ha publicado un tratado universal y llamado a ser un clásico del tema, que abarca desde las orígenes hasta el porvenir, en toda la extensión de la tierra y en toda la pluralidad del orden jurídico, de la ley, la práctica, la doctrina y el abuso; en el orden social y en el orden arbitrario, es decir, extramuros del derecho sin olvidar manifestaciones contemporáneas. Después de esta copiosa exposición parece difícil añadir algo. Entre nosotros, el profesor Gonzalo Martínez Díez, en 1962, ha publicado un estudio sobre la tortura judicial en la legislación histórica española, y Francisco Tomás y Valiente otro, sobre el movimiento humanitario que condujo a la abolición de la tortura judicial por un Decreto de las Cortes de Cádiz. Debo recordar aquí con particular complacencia, que hace unos diez años, con ocasión de una consulta que nos hizo un investigador de Breda, Vermaseren, sobre la tortura, en la que él estaba trabajando, nos ocupamos en nuestro seminario sobre el tópicico. Entonces, el profesor Moreno Casado estudió la tortura en la Inquisición y el alumno Pérez Benavides leyó y expuso el orden de procesar el Santo Oficio.

judicial está abolida hace tiempo. Hasta fines del siglo XVIII, en España, hasta las Cortes de Cádiz, fue un método legal. A partir de entonces se convirtió en una práctica arbitraria, discrecionalmente usada en todo el mundo. Únicamente ha perdido los límites y las garantías del derecho. La practican todos los poderes del mundo, en su forma física y mental, y se la reprochan a sus adversarios. Los mismos que protestan públicamente cuando sus amigos son torturados, se callan con hipocresía o lo niegan con cinismo, cuando son ellos mismos o sus amigos los que torturan. Todos están de acuerdo en condenar la tortura. Únicamente yo –entre mis conocidos– y que también les estoy torturando esto poquito –me atreveré a decir que algo puede decirse también en favor de la tortura, pero no, naturalmente, en esta ocasión–. Pero la declaración no se limita a condenar la tortura, por supuesto, sin oírlo...»

⁸ En el mismo artículo, criticando otra declaración de derecho humano: la de prohibir las penas crueles y los tratos inhumanos o degradantes, observé: «Comprendo que a algunos les irritan las bromas. ¿Lo ven? Hay bromas crueles.» Me interesa dejar esta constancia, por algo que sucedió después. Mi colega mayor Álvaro d'Ors, dijo de mí que nunca lograba saber cuándo yo hablaba en broma y cuándo en serio. Yo tampoco lo sé. Únicamente digo que si a alguien le parece mal lo que he dicho, nunca me escudaré en haberlo dicho en broma, sino que entonces he hablado en serio.

Fiorelli, no en su gran tratado, sino en un breve artículo de la *Enciclopedia Cattolica*, XII (1954) pp. 337-343, al tratar del origen de la tortura dice esta cosa tremenda, que yo considero fundamental: la tortura es un proceder humanamente obvio. Esta es la palabra. Permítanme detenerme un momento en la significación precisa de esta palabra, que ahora a través de la Televisión comienza a entrar en nuestro lenguaje. Obvio es lo que se encuentra o pone delante de los ojos, y en sentido figurado, lo muy claro o que no tiene dificultad. En cambio, obviar (no sé por qué misterio) es evitar, rehuir, etc. La tortura es obvia, no obvia. Obvio está significando hoy lo indiscutible y lo inapelable.

En efecto, la tortura no es por sí misma primitiva o evolucionada, oriental u occidental, bárbara o civilizada, regresiva o progresiva. Estas son simplemente sus clases, y al parecer el progreso científico no es ajeno tampoco a su fase más desarrollada, si no es el progreso, en sí mismo, una clase de tortura. Hay tortura de todas estas clases. Hay tortura vulgar y tortura científica. Tortura utilitaria y tortura fuera de serie. Tortura original y tortura tipificada. No tiene sentido perderse en las clases de tortura cuando tratamos de llegar a su núcleo esencial. Torturan los conservadores y revolucionarios, torturan aquellos para quien este mundo acaba en este mundo, y también —cosa evidente— aquellos para quien en este mundo sólo empieza. Torturan los malos, pero ¿torturan los buenos? Esta es una cuestión distinta, que pertenece a un género diferente del conocimiento jurídico, a saber, del conocimiento moral. Moral y Derecho son dos órdenes de conocimiento. La moral se pregunta por lo que está bien y por lo que está mal. Por cierto, la *Enciclopedia Cattolica*, a la que me he referido, tiene (en el artículo relativo a la tortura) una segunda parte, debida a un teólogo Palaccini. En ella puede leerse que san Alfonso María de Ligorio, el maestro tradicional de moral católica, admite con muchas restricciones, en casos excepcionales, y a falta de otros métodos de averiguar la verdad, la licitud de la tortura. Es verdad que esta posición ha sido objeto de críticas, y que hay, al parecer, teólogos, cuyos nombres no se dan allí, que en nombre de la dignidad humana, se oponen resueltamente a esa licitud, y la rechazan. Pero no es este el objeto de nuestra disertación, sino el empleo de la tortura en el ámbito judicial o sea en los límites de lo que estrictamente llamamos cultura jurídica; es decir, cultura fundada en el derecho, como es la nuestra, aunque en fase terminal.

El mismo Fiorelli ofrece una clasificación de pueblos en torno a su procedimiento para establecer la verdad en los asuntos criminales. Pueblos místicos y pueblos realistas. Según esto, los místicos utilizan las ordalías o juicios de Dios; se interroga a la divinidad exigiéndola una manifestación extraordinaria, como salir indemne del hierro candente, o simplemente se confía en el juramento. Los realistas tienen bastante con la tortura. La clasificación es muy clara pero poco profunda; es lógico esto. Ofrece la dificultad primaria de explicar cómo un carác-

ter de un pueblo, ser místico o realista (ambos caracteres suelen darse en todos los pueblos), pueda mutar fácilmente, según vamos a ver, en la historia del derecho, sólo con que cambie el sistema judicial. Habría quizá que decir, mejor que pueblos, épocas místicas o realistas (de no haber aprendido, al copiar un texto viejo de veinticinco años, que las épocas son mentira). Pero, en fin, cabe todavía decir que mentes netamente realistas han rechazado la tortura, fundándose en motivos muy reales, mientras que no es ajena la tortura a la mentalidad mística, que forma, como es lógico, procedimientos horribles.

La tortura no tiene origen; cuando llegamos ya está ahí. Dejemos a los pueblos primitivos (los restos arqueológicos revelan ya torturas). La democracia griega y la Roma republicana aplican la tortura. Pero en ambas civilizaciones la formulación originaria de la tortura no es positiva, sino negativa. La tortura no puede ser aplicada a los hombres libres. La exención de tortura es un elemento de la libertad. Naturalmente, esto nos lleva a desplazar el tema. Tortura y esclavitud están estrechamente unidas. Es difícil aislarlas en la época clásica de la libertad. Para ésta, la tortura solamente sería un capítulo de la esclavitud, una de sus notas negativas (peyorativas). Con cierta lógica, la solución al problema de la tortura sería simplemente la abolición de la esclavitud. De un sólo tiro se habría dado muerte a dos pájaros tan negros. Pero las cosas no son tan fáciles.

Todavía, la exención de tortura y la libertad son tan afines que el derecho romano ha prohibido también la tortura de los siervos *in capite dominorum*, es decir, cuando habían de testimoniar contra sus dueños o patronos. Esto, naturalmente, no en beneficio de los esclavos, sino en beneficio de sus dueños, y como un efecto de la libertad. No debe utilizarse el testimonio de un objeto (sujeto) de propiedad, como es el esclavo, contra su dueño. Ahora bien, el derecho romano abandonó ese camino creador. La misma idea de libertad hizo crisis, tanto en Atenas bajo el dominio de los tiranos, como en Roma, bajo el dominio de los emperadores. Un carácter común a ambos (sistemas) es la aplicación de la tortura a los libres.

Antes de seguir adelante, vamos a detenernos en esa oscura afinidad entre tortura y esclavitud. ¿Por qué a los esclavos? Yo no encuentro respuesta satisfactoria. El testimonio de los esclavos es normalmente ineficaz, no utilizable en derecho. Hay una razón de dignidad que impide tener en cuenta su testimonio. Bien, ¿por qué, entonces, ese mismo testimonio, arrancado en medio del tormento, adquiere una cierta validez, y como consecuencia lógica, no podemos negarlo, una cierta dignidad? El esclavo atormentado dice la verdad. Y no podemos evitar, con una suerte de paralelismo, colocar aquí otra frase enigmática: «La verdad os hará libres» (san Juan, VIII, 32). Una cosa así ha sido dicha a los esclavos torturados. Pero realmente, cuando esto ha sido empezado a decir en propor-

ciones apreciables, los esclavos podrían haberse preguntado qué significaba, en definitiva, ser libres.

El derecho romano, por no haberse ocupado de los esclavos sino como cosas, y por una especie de aristocrático desdén para las cuestiones de hecho y de su prueba, apenas había tratado de la tortura. Es el derecho imperial, el de las constituciones, el que nos muestra un modo de entrada solemne de la tortura en la tradición judicial. A través del siglo IV y por una coincidencia que no sabría explicarme, con un ritmo histórico creciente, se van ampliando los casos en los que puede aplicarse la tortura y el número de personas que pierden la clásica exención. De 314 es la primera constitución que se refiere al *crimen maiestatis*, el crimen contra la majestad del emperador. Para averiguarlos es lícito torturar a libres. Lamento defraudar a quienes intentan enlazar tortura y Monarquía. Porque Roma, después de una fase muy antigua, nunca volvió a la Monarquía. Esa *maiestas* es la *maiestas populi romani*. Quizás la *maiestas* ofendida siempre había autorizado a emplear medios extraordinarios. Como es lógico, el pueblo romano sólo podía ser gravemente ofendido por el extranjero, fuera de los límites de la ciudad, y fuera de estos límites quedaban en suspenso las leyes de la ciudad, como revela la existencia del procedimiento extraordinario. Sería interesante a este respecto fijar la práctica de tortura judicial en provincias. La cosa cambia cuando la *maiestas* del pueblo romano es asumida por el príncipe como su representante. Ahora son los atentados contra el emperador los que entran en la categoría de *crimen maiestatis*. Hay algo que depende de esta noción central de majestad, cuando se incluye, el año 316, en el sistema de tortura a los funcionarios que falsifican documentos; en 321, a los falsificadores de moneda; en 334, a todos los oficiales públicos inferiores, que, debe recordarse, eran en su origen de condición servil. Por fin, en 358, un nuevo crimen, consecuencia de una clara regresión, la entrada de la magia en el mundo romano, añade un caso más a la lista de crímenes que deben ser averiguados mediante la cuestión de tormento. Este es un argumento que oponer a la clasificación didáctica de pueblos místicos y realistas, pues es a un caso tan misterioso como la magia a lo que se aplica un método tan realista como la tortura.

Como en todos los movimientos, no deja de percibirse la reacción. Una constitución de 359 se opone a los abusos de la tortura; otra, de 362, protege de la práctica al orden senatorial; otra, de 376, vuelve a declarar que sólo es lícita la tortura en el *crimen maiestatis*. Pero la casuística sigue aumentando la lista y llega a torturarse a los marineros para que informen sobre las circunstancias de los naufragios, en relación con el régimen de averías y encomiendas.

En cuanto a la regulación interna de la tortura, a su configuración jurídica, con las relativas garantías que ofrece siempre el derecho, a costa de cierta frialdad, apenas conocemos una incipiente tarea que está reflejada en una obra de

práctica y escuela, las *Pauli Sententiae* (5, 14-16). Allí encontramos una serie de principios que alivian una mirada que se complace en el derecho. Por ejemplo, la tortura se aplicará en las causas criminales, y de las civiles solamente en las relativas a la herencia, evidentemente afines a las primeras: muerte del causante, hurto de la herencia. No debe empezar por la tortura el procedimiento, y solamente cuando en un reo aparezcan indicios de culpa. La apelación al César suspende la tortura. Entre dos reos torturables debe comenzarse por el más tímido o el más joven. Todavía encontramos allí límites a la tortura, en defensa del valor patrimonial de los esclavos, que, a pesar de todo, continuaban siendo el objeto preferente de la tortura. No es lícita la tortura de siervo ajeno, a menos que el acusador esté dispuesto a aceptar la tasación por el dueño, del precio de las lesiones. Pero, en cambio, se persigue la compra fraudulenta de un siervo para evitar su testimonio contrario. Todo esto revela una cierta insensibilidad, sin duda. El mundo del derecho es un mundo limitado. Si queremos buscar una dimensión humana diferente, hemos de cambiar de campo. Montaigne, antes de acabar el siglo (1592) expresa más bien que su horror por el sufrimiento su escepticismo ante la verdad.

El 30 de marzo de 1970 dicté una lección con el título de «Tortura, límite del Derecho» en la cátedra a la que se había incorporado, desde La Laguna, Tomás y Valiente. En su carta de 6 de octubre de 1969 me había dicho:

«La primera carta que he recibido en relación con mi libro ha sido la tuya; ya quisiera yo que las futuras sean la mitad de elogiosas y, sobre todo, de cordiales, que la tuya. Muchas gracias por tus palabras, por tu parcial lectura del libro y por los datos bibliográficos que me suministras. ¡Qué pena que en provincias sólo pueda haber en cada Universidad un catedrático de Historia del Derecho! Si fuera posible, me encantaría ser tu partenaire, bien en Granada o en Salamanca. Nos pelearíamos científicamente con relativa y sana frecuencia (lo fecundo es combatirse, dijiste tú en Alcalá con toda la razón del mundo) y en las disputas no metafísicas, sino historiográficas, yo aprendería mucho de ti. Por eso te espero ilusionado en Salamanca. Dime cuándo te viene bien acercarte por aquí para preparar un par de actos (clase y seminario) en la Cátedra. Estaré encantado de recibirte, acompañarte y escucharte. Y de verdad, muchas gracias por la amable acogida que has dispensado a mi libro. Saludos de Carmen y míos a Sara, y un fuerte abrazo para ti.—Paco.»

Esta vez no redacté un texto especial, pero el esquema preparado me indica que utilicé el que más arriba he reproducido. Como introducción me referí al libro sobre *Derecho penal en la monarquía absoluta*, que él acababa de publicar, y al placer del diálogo. Y también al de estar ante un curso de Historia del Derecho, ante una clase llena (que siempre me ha estimulado más que el cenáculo de

los iniciados). Estaba seguro de quedar en su recuerdo, al menos por la singularidad del tema. ¿Debía ser objeto sólo de horror? También, de conocimiento. Evoqué el nombre de un antiguo catedrático de aquella Universidad, don Pedro Dorado Montero, como sombra propicia. «La tortura, límite del Derecho» suponía admitir que el derecho tiene límites: que no es una totalidad, universal, general, permanente. El derecho es discontinuo, y éste es uno de sus límites. Limita con el dolor: humano y animal. El dolor no es siempre malo: a veces es necesario (y siempre purificador).

Poco después de mi estancia en Salamanca, en su carta de 9 de abril de 1970 leo:

«Gracias por el envío de los recortes del “Faro de Motril”. Tengo el propósito de escribir unas cuartillas con ese destino, más que sobre la pena de muerte, quizá sobre la Tortura, tema gemelo casi, y de actualidad real. Te lo mandaré a ti.»

No llegué a recibirlo; hubiera enriquecido una empresa editorial de la que es justo restablecer su índole: fue debida su idea inicial y su más difícil ejecución a un hombre modesto y meritísimo, don Antonio Montero, animado también por elevar la cultura local y enriquecer un periódico, decano de la prensa granadina, que contaba ya con colaboradores universitarios.

En su carta del 8 octubre 1971 me decía Tomás y Valiente:

«Ahí va otra *Tortura* Sobre este trabajito (una conferencia dentro de un ciclo) sí me gustaría conocer tu opinión. Como ves, leí despacio Peguera, y aludo tácitamente a ti (pág. 136). Te *combato*, pues, pero creo haberlo hecho correcta y honestamente. Espero sobre la conferencia y sobre estos párrafos tu opinión.»

Se trataba, en efecto, de una separata del ciclo de conferencias pronunciadas en Salamanca en marzo de 1971, la suya sobre «La tortura judicial y sus posibles supervivencias» (pp. 125-142 del volumen), con una dedicatoria del autor: «A Rafael Gibert, que un día dijo que “lo fecundo es combatirse” con un abrazo de su admirador, colega y, sobre todo, amigo. Paco T. Valiente, Salamanca, 8-10-1971)». El dicho no es original, pero sí opino que en el terreno académico es más interesante la oposición que el acuerdo, y que vale la pena, por agotar los temas, adoptar la posición contraria, a modo de ejercicio, que siempre descubrirá nuevos aspectos. No todos los argumentos expuestos por mi amigo y colega, según su propia declaración, combatiéndome, me parecen de igual fuerza persuasoria, pero la triste circunstancia de que él ya no puede replicarme, aconsejan no entrar en su examen. Ahí están nuestros textos. Hay, sí, una calificación sumamente grata para mí, que deseo subrayar: el papel *defensor* de la tortura, y de los

torturadores. Lo acepto encantado, tanto más cuando procede de su afecto. Prefiero asumir el papel de defensor, antes que dejar una causa indefensa. Admitiendo que sea un crimen horrible, incluso éstos tienen derecho a un defensor, que puede encontrar circunstancias atenuantes y hasta eximentes. Esto es lo que he intentado, y, previamente, *comprender*. Lo que se debe hacer siempre con el adversario. Que yo comprendo a los adversarios de la tortura y a los que se han esforzado por su abolición, es, por decirlo así, obvio. De lo que he dudado es de su eficacia. Y de si la pura y absoluta abolición es el mejor camino. No lo ha sido. Si comparamos las actas notariales que nos informan de un auto de tortura dictado por los jueces del siglo XVII, con sus motivaciones y su responsabilidad; con la presencia de un médico que mandaba interrumpir el daño cuando éste alcanzaba ciertos límites; con la responsabilidad por los excesos, en algunos casos documentada, y sobre todo, por el término legal de las tres etapas, que, superada la tercera, dejaba libre al acusado; si comparamos todo esto, por cruel que sea, con la práctica ilegal, clandestina, hipócritamente ignorada por el juez y por los gobernantes, y practicada del modo más arbitrario, se reconocerá que no ha habido más que un progreso retórico y político, pero que el orden estrictamente jurídico ha experimentado un retroceso. Ahora bien, que el camino sea *volver*, restablecer la legislación arcaica, expresamente no creo haberlo dicho. Recuerdo que una vez, en el curso de una discusión, he insistido en que la tortura obedecía a un interés por la *verdad*, que habían desconocido, por ejemplo, los fueros que establecían un régimen de elección de enemigo, por los parientes de la víctima, entre los del sospechoso de haber cometido el delito, y que ante el evidente horror hacia el sufrimiento físico, la única solución posible sería el suero de la verdad, que también por razones morales es rechazado. Igualmente sobre la base de testimonios y de evidencias se ha condenado a inocentes, y hasta los *in fraganti* pueden ser creación del perseguidor. Tal vez inocentes son todos los individuos, y culpable simplemente la sociedad; entonces toda ella debe condenarse a prisión. Ya se ha intentado. Cabe asimismo renunciar a la persecución y castigo de los crímenes, confiarla a la omnipotencia divina y a la conciencia de los culpables. O a la simple venganza familiar o corporativa; ya se ha practicado.

Pues a los vengadores tampoco se les podrá aplicar el procedimiento inquisitivo ni ninguna clase de apremios.

RAFAEL GIBERT