

pero se llega à tal extremo, que parece intentan hacer su sepulcro glorioso. He oído notar este abuso à un sábio amigo, lleno de exquisito juicio, erudicion y piedad; callo su nombre, por temor de ofender su modestia. En Roma, cuyas costumbres, usos, leyes municipales, antigüedades y otras cosas utiles observó tan bien como otros viageros observan las puerilidades y cosas perniciosas, notó que à los ajusticiados se les concede la sepultura Eclesiástica, pero sin otro honor. Pudieramos imitar esta moderacion. Bueno es que se les diera sepultura Sagrada, y se hiciesen sufragios y votos à Dios por la remision de sus pecados: ¿pero à qué proposito viene la pompa en estos casos? En esta Corte, en Sevilla, y en todas las Ciudades se entierran con mas aparato los ajusticiados que los Presidentes de las Provincias. De aqui nace el inconveniente de que para la plebe se quita de tal modo el horror à la suerte de los ajusticiados, que muchos por enterrarse con tanto honor temen menos este genero de muerte. A excepcion de estos excesos que admiten moderacion, todo lo restante es bien abrazado por la verdadera piedad. En una palabra, quanto no imaginamos preciso para observar unas leyes benignas, y mantener el orden de la justicia, otro tanto se aplica al perdon y alivio de los reos. Todo el que consideráre el tenor, y espiritu de esta divina religion observará por todas sus palabras las huellas y vestigios de un hombre Dios, que por un camino de paz vino à dár su vida, porque ningun hombre muriese: sino que todos se convirtiesen, como él dijo, y viniesen al conocimiento de la verdad.

AR-

## ARTICULO VII.

## EXAMEN DE LOS DISCURSOS CON

que los Pseudo-Filósofos impugnan la práctica del tormento que se dá à los reos dudosos.

**L**O dicho anteriormente me pone en la ocasion de tratar alguna cosa acerca de la tortura de los reos. De algun tiempo à esta parte han declamado muchos contra esta antigua costumbre. Unos han pintado los inconvenientes à que está próxima, pretendiendo solamente inspirar en los Jueces una exquisita circunspeccion en los casos que deben usar de ella. A este genero de Escritores sé que les ha hecho hablar la caridad, bien sabidores de que las leyes han dejado mucha parte, ó lo mas de este juicio al arbitrio de los Magistrados; como quanto mira à la calidad de los indicios, à la debilidad ò robustez de los reos, y à la graduacion del tormento.

Pero otros que solo invocan à la humanidad; hablan con la altivez insolentísima de su Filosofía, y desde luego echan por medio, pronunciando contra las Leyes y Magistrados, y declarando soberanamente que es todo una tyrania, una barbárie, y una crueldad digna de extirparse.

Quisiera que quantos hubieran de escribir ò hablar en esta materia, ya como Theólogos, ya como Filósofos, leyeran antes à San Agustin, è imitasen

Tom. V.

Yy

su

LXXIV.  
Diferente espíritu con que varios han desconfiado de la tortura.

su estilo, y su sentencia lo mejor que pudiesen. Por todo el capitulo, donde el mencionado Padre trató de la tortura, corre el espíritu de suavidad, entre arroyos de lagrimas que le hacian verter su caridad y un desengaño alto, y verdaderamente filosófico. Su estilo es igualmente noble, y no feróz, ni de trueno, como el de los falsos Filósofos, que no hablan sino inspirados ò espiritados por el amor ò genio à la humanidad. Conviene mucho advertir desde luego que el proposito de San Agustin no fue declamar contra la tortura, tal como entonces se usaba en los Tribunales, y era mucho más cruda y menos circunspecta que se usa en el nuestro, y particularmente en España. No se verá allí alguna animosidad, y menos alguna osadía contra los juicios humanos. Se propone si ante sus ojos el teatro miserable que daban à ver muchos desgraciados, ya inocentes y ya sospechosos, traídos à una *question* durisima: y suponiendo al mismo tiempo la falencia de esta prueba, y de otra parte la necesidad de echar mano de ella, sacaba por conclusion esta sentencia, que pone por titulo de su tratado: *Del error à que están sujetos los juicios humanos, quando se ignora la verdad* (1). Todo su fin es dár à sentir las miserias humanas, y hacer vér que son inescusables, aun en aquellas cosas que son más utiles, y más precisas à la conservacion de la sociedad. Despues que deja persuadida en general esta sublime y christiana Filosofia, baja à probarla en particular por el caso de la misma administracion de la justicia, tan necesaria para refrenar los malos, y mantener la Ciudad en paz. A este desengaño, y no al des-

(1) De civit. lib. 19. cap. 6.

despropósito de introducir novedades dirige sus reflexiones y observaciones, sobre los males deplorables que se siguen muchas veces de la tortura. Pero con todo eso pregunta ¿si por estas y otras tinieblas que rodean à la vida social, y à sus mismos juicios (1) públicos, deberán negarse los Jueces à sentarse en los tribunales, para hacer quanto exige su oficio? Lo que resuelve clara y absolutamente, afirmando que sin embargo debèn asentarse à juzgar los Jueces sabios. De suerte que quien leyere atentamente à este grande y santo Filósofo, si fuere Juez, se llenará de temor y de circunspeccion para no precipitar el juicio en el uso de la tortura, y se mitigará la ambicion de muchos que pretenden estos cargos. Algunos atribuyen à este desengaño el apartamiento que hizo Paulo Arecio de la magistratura, pasando de la Toga al Palio. Pero si fuere ciudadano y Filósofo, se moverá à compasion, asi sobre los Jueces que obran mal ignorantemente, como sobre los inocentes acusados que lo padecen desgraciadamente; y estimarán sobre todo el juicio de Dios que no puede padecer ni hacer engaño ò agravio.

De esta region de buen sentido, y de perfecto gusto de Filosofia me es necesario pasar à otra ribera

Yy 2 opues-

(1) D. Aug. ibid. In his tenebris vite socialis sedebit iudex ille sapiens, aut non sedebit? Sedebit plane. Constringit enim eum, & ad hoc officium pertrahit humana societas quam deferre nefas ducit. Hoc enim nefas esse non dicit, quod testes innocentes in causis torquentur alienis, quod hi qui arguuntur vi doloris plerumque superati, & de se falsa confesi etiam puniuntur innocentes; cum jam torti fuerint innocentes: & si non morte puniantur, in ipsis, vel ex ipsis tormentis plerumque moriuntur. Quid quod aliquando, & ipsi qui arguunt, humane societati fortase ne crimina impunita sint, prodesse cupientibus, & mentientibus testibus, reoque ipso contra tormenta durante immaniter, nec fatente, probare quod obijciunt non valentes, quamvis vera objecerint, à iudice nesciente damnantur. Hæc tot, & tanta mala non deputat esse peccata. Non enim hæc facit sapiens iudex nocendi voluntate sed necessitate nesciendi; & tamen quia cogit humana societas, necessitate etiam iudicandi. Hæc est ergo quam dicimus certe miseria hominis, & si non malitia sapientis.

opuesta, bárbara ciertamente è inamena. Por ella discurren los falsos Filósofos, disparando golpes contra esta parte de los juicios públicos, sin otro blanco que el de hacerlos odiosos.

LXXV.  
Diversos orige-  
nes que dan à la  
tortura.

Con un dicho de (1) Polidoro Virgilio tienen bastante para dár el origen de la tortura à los antiguos tyranos, y singularmente à Nembrod. Luis Vives lo atribuye à Tarquino el Sobervio (2). Pero el sábio ordenador de las prudentísimas Leyes de Partida, siendo mas antiguo que Polidoro Virgilio y que Vives, no supo de tales invenciones, y dá un principio muy contrario à esta politica.

En el preambulo al titulo treinta de la partida septima que trata de los tormentos, dice: „ Co-  
„ meten los omes à facer grandes yerros è malos  
„ encubiertamente, de manera que non pueden  
„ ser sabidos nin probados. E por ende tobieron  
„ por bien los sábios antiguos que ficiesen tor-  
„ mentar à los homes, porque pudiesen saber la  
„ verdad ende de ellos.“

Segun esto, los hombres sábios, y no los Tyranos arbitraron este remedio, solamente por el fin de aclarar la verdad de muchos delitos, y no dejar impunidos à los delinquentes. Si la justicia no tubiera por objeto castigar los crímenes, sino la poca destreza con que se cometen, como entre los Lacedemonios; en tal caso no deberían los jueces pesquisar los autores de las culpas, una vez que hubieran sabido ocultarse: pero debiendo la justicia perseguir al vicio contrario, que es la injusticia, tiene que escudriñar y hacer averiguacion de

(1) De invention. rer. lib. 2. cap. 3. (2) Viv. ad lib. 19. de Civitat. cap. 6.

MAXIMAS IMPIAS CONTRA LOS GOBIERNOS. 357  
de sus autores, para que no queden gloriándose, por solo el merito de haber sido mas diestros y dolosos en esconder la mano.

Tambien se ha de advertir que, segun las leyes de nuestro Reyno bien consideradas, ninguno es traído y puesto à questão, que pueda llamarse inocente. Quando no esté plenamente probado el delito principal que se le acusa, y le mereceria la pena ordinaria, está al menos convencido de otras culpas, que son suficientes para hacerle padecer la questão, segun el prudente arbitrio del Juez, à quien toca proporcionarla con la calidad de los indicios, y con las fuerzas corporales del acusado.

Con que la tortura tiene por fin principal averiguar el reo de algun delito grave; y en segundo lugar castigar otras culpas, y purgar la mala fama que de ellas nace, con los indicios que claman contra el acusado. Por otros dos lados correspondientes intentan los Filósofos contra la tortura; conviene à saber, contra su justicia, acerca de lo segundo, y contra su utilidad para lo primero.

LXXVI.  
Los Filósofos im-  
pugnan la Justi-  
cia, y la utili-  
dad de la tor-  
tura.

## §. II.

Quien leyere las declamaciones que algunos pregonan contra la tortura, creerá que esta se egecuta contra qualquiera ciudadano calumniado y procesado, que no quiere confesar el crimen que se le imputa, y que no ha hecho. Seguro está que usando bien de las leyes establecidas en España, corra este riesgo ningun vasallo que vive quietamente, y en posesion de su buen credito. Porque una de las circunstancias è indicios que deben lle-

LXXVII.  
Que qualidades  
se requieren en  
el atormentado.

var

var al tormento, es la infamia, ò la fama común de que el acusado ha cometido el delito (1)., Fama „ seyendo comunalmente entre los homes que „ aquel que está preso, fizo el yerro porque lo „ prendieron, ò seyendole probado por un testigo „ que sea de creer...è fuere home de mala fama, „ ò vil, puedelo mandar atormentar el Juzga- „ dor.“

LXXVIII.  
No sin causa ra-  
znable es pues-  
to alguno à ques-  
tion.

Segun esto, jamás deberá ser algun inocente, ni algun hombre de vida inculpable el que fue- re condenado à tormento. Porque la mala fama no se contrae sino por algunas costumbres relajadas y manchadas notoriamente con hechos torpes; como si el acusado ha sido comprehendido en otros hurtos ò delitos de que haya sido juzgado; ò se halló en otros alborotos y revoluciones; ò trae una conducta ociosa, obscura, y notada de todos en la Ciudad ò en la vecindad. ¿Si en la casa de este, ò cerca de ella se cometió el hurto ò el homicidio, y además de la infamia con que él está notado, un testigo que no padece excepcion viéne à deponer contra él, declarando que lo vió entrar ò salir del quarto donde se hizo, se dirá que el atormentado es un inocente? Aunque falte su confesion, y la prueba de mas testigos que se necesita para aplicarle la pena ordinaria, ¿faltan meritos para hacerle sufrir, por lo menos, aquellas pruebas que evacuan las sospechas vehementes, aunque le sean dolorosas?

Pues, ¿y si le hallan lo robado, ò se le encuentra el cuerpo del delito, segun fuere, y él no dà

(1) L. 3. tit. 3. part. 7.

razon en su favor que purgue la vehemente presuncion que nace de aquellos antecedentes? ¿Y si el acusado ha confesado extrajudicialmente delante personas fidedignas que él hizo el homicidio, ò puso el fuego, ò cometió el delito de que se le acusa; y estos que le oyeron, lo deponen contestamente? Tales causas y otras, de no menor sospecha, juntas con circunstancias que las agravan, como la fuga del acusado inmediatamente que sucedió en el lugar el crimen; las amenazas hechas por él delante de testigos, al que fue hallado muerto; las enemistades graves que precedieron entre ellos; el verlo venir con la espada desnuda y ensangrentada de hácia donde se halló el asesinato; no dejan llamar inocente à ninguno, aunque no basten à convencerle de aquel delito, con la claridad que se pide para condenarle al suplicio ordinario. Hubo algunos que sin indicios juzgaron que podia mandarse la tortura, especialmente en delitos atroces; pero si esta inhumanidad tiene uso en otra nacion, en España no tiene lugar, ni aun se disputa (1).

Los Filósofos antes de hacer declamaciones contra la tortura, debieran pintar al sugeto de ella con estos verdaderos colores, ò con otros semejantes: pero entonces no esperarían excitar el odio público contra las leyes, que por necesidad de buscar la verdad echan mano de este duro remedio.

Para dár forma à un sofisma, muy repetido por ellos en esta materia, no quieren conocer medio

(1) Matth. De Re criminal. controv. 25. n. 4.

LXXIX.  
Aunque alguno  
no esté conven-  
cido reo, no debe  
ser tratado como  
un inocente.

dio entre un reo y un inocente. Llamam inocente à quien ha sabido ocultar su delito, al menos lo que basta para no poderle convencer plenamente. y llaman reo al que ha sido menos diestro en taparse, ò menos perjuro en no negar lo que hizo.

„ Un hombre (dice el tratado de los deli-  
„ tos, &c.) no puede ser llamado reo antes de la  
„ sentencia del Juez; ni la sociedad puede quitar-  
„ le la pública proteccion, sino quando esté de-  
„ cidido que ha violado los pactos bajo que le fue  
„ concedida. ¿Qué derecho, sino el de la fuerza,  
„ será el que dé potestad al Juez (1) para impo-  
„ ner pena à un ciudadano, mientras se duda si es reo  
„ ò inocente? “

LXXX.  
Implicacion del  
libro Delitos y  
Penas.

Para responder à su dificultad no es menester mas que juntarle aqui otro discurso que hace un poco despues, y es como se sigue (2): „ Quando „ en un ciudadano acusado de un atroz delito, no „ concurre la certidumbre, pero sí gran probabi- „ lidad de haberlo cometido, parece debiera de- „ cretarse contra él la pena de destierro: mas para „ determinar asi, es necesario un estatuto, al „ menos, arbitrario, y el mas preciso que sea po- „ sible; el qual condene à esta pena la persona del „ que ha puesto à la Nacion en la fatal alternativa „ de temerlo, ò de ofenderlo; pero siempre re- „ servandole el sagrado derecho de probar su ino- „ cencia. “

Ahora pregunto yo con sus mismas palabras: ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que dé po-  
testad al Juez para imponer pena à un ciudadano,  
mien-

(1) §. 16. del Tormento. (2) Bod. §. 24. Ociosos.

mientras que se duda si es reo, ò inocente? Esta es la dificultad que nos opone poco antes nuestro Filósofo. Cotejese con lo que inmediatamente dejo referido del mismo, y tendrá la respuesta sin salir de casa. Allí dá resuelto lo contrario de lo que intenta persuadir con el siguiente dilema. „ O el „ delito (dice) es cierto, ò incierto: si cierto, no le „ conviene otra pena que la establecida por las „ leyes, y son inutiles los tormentos; porque es „ inutil la confesion del reo: si es incierto, no „ se debe atormentar un inocente, porque tal es, „ segun las leyes, un hombre, cuyos delitos no „ están probados. “

Algun medio debe reconocer el que asi dis-  
corre, quando algunas hojas despues quiere que se  
decrete la pena de destierro à un ciudadano acusa-  
sado de un atroz delito, no concurriendo la certi-  
dumbre, pero sí gran probabilidad de haberlo co-  
metido. En efecto, no puede negar que entre el  
delito cierto è incierto hay delito probable. Ellos  
mismos reconocen tambien que al delito incier-  
to corresponde la absolucion del acusado, al cier-  
to la condenacion à la pena ordinaria, y al pro-  
bable la condenacion à la pena de destierro, ò ar-  
bitraria.

Ya tenemos que este dilema: ò el delito es cier-  
to, ò incierto precisa, ò aprieta poco; porque no  
comprende todos los medios; sino que se deja  
un caso en que despues dá de ojos.

Tenemos tambien, y muy al proposito, que  
quando los delitos acusados no se hacen ciertos  
por la prueba cumplida, ni quedan inciertos ò  
sin fundamento; sino que tienen un medio de

*probabilidad*, nacida de indicios vehementes, como los expresados arriba, ò de otras pruebas de testigos fidedignos, aunque singulares; puede decretarse alguna pena contra los procesados, al arbitrio del Magistrado. Pues pregunto ¿en qué se diferencia esto de la práctica antigua y comun, que deja à la prudencia (1) del Magistrado la prueba del tormento, y el modo de su egecucion, por aquellos delitos en quienes concurre una gran probabilidad de haberlos cometido?

LXXXI.  
¿ Los que dan derecho para decretar pena, por que lo quitan para imponer tormento?

LXXX.  
Implicacion del Uro. Decret. y Pena.

Ya llevan reducida toda la questão à dos voces, que son *tormento* y *pena*. Pues no me parece tan grande la diferencia que va de la una à la otra. El estilo en que se decreta el tormento, deja aun menos diferencia, porque éste se determina y sentencia por el Magistrado por via de questão, y tambien por una pena; y para ello se prueban las causas que hay para decretar la tortura: se oyen las excepciones, y se admiten las apelaciones de los reos adjudicados à ella. Despues de evacuados todos estos terminos, se egecuta: con que no se impone el tormento fuera de la estimacion de una pena correspondiente à la probabilidad de la culpa.

Aqui verán todos que la falsa Filosofía, inventora de nuevas leyes, y mofadora de todas las antiguas, no adelanta alguna cosa ignorada, ni mas util à la práctica comun de los juicios. Si en lugar del uso de los tormentos contra los delitos probables, y aun no probados, se introdujeran las penas de destierro, la aplicacion de los acusados à las obras

(1) D. Matth. De re criminal. congrov. 26. n. 1.

obras públicas, ò à otras servidumbres corporales, ò reales, al arbitrio de los Jueces, no podrian entonces hacerse por los sofistas iguales declamaciones à las que ahora hacen por lo que se llama tormento? ¿Es mayor benignidad ò humanidad (para que ellos lo entiendan) el privar à un ciudadano de la patria, ò de la libertad, por un delito no probado, que hacerle sufrir por un breve rato el dolor de los azotes, ò del agua, ò de la cuerda, ò de la garrucha; que son los tormentos admitidos por nuestras leyes para los indiciados de aquellos delitos?

Con poca eloqüencia se puede persuadir quanto mas cruel es el arbitrio de los nuevos Filósofos que el uso recibido. Este no condena sino à una pena momentanea que (1) no debe causar la muerte, ni la pérdida de algun miembro: pero el arbitrio de los Filósofos amenaza con la privacion de la libertad y de los derechos de Ciudad, que pueden durar toda la vida. Yo hallo siempre que la nueva humanidad no es realmente sino una feroz crueldad, que agrava inconsideradamente las miserias de los infelices.

### §. III.

Pero vengamos à la *utilidad* que añade este nuevo arbitrio à la práctica antigua y ordinaria de los tormentos. Uno de los capitulos principa-

Zz 2

LXXXII.  
Es aun mas duro el arbitrio que subroga al tormento.

LXXXIII.  
¿ Si el tormento es inutil para probar los delitos?

(1) L. 5. tit. 30. Partid. 7. E deben los hacer tormentar mesuradamente, de manera que por las heridas que les den, se muevan à decir la verdad: todavia guardando que las heridas sean arales, que non mueran por ende, nin fiquen lisiados.