

TEORIA Y PRACTICA DE LA TORTURA JUDICIAL EN LAS OBRAS DE LORENZO MATHEU Y SANZ (1618-1680)

SUMARIO: 1. Introducción y planteamiento.—2. Nota biobibliográfica sobre Lorenzo Matheu y Sanz.—3. La tortura a través del *De regimine regni Valentiae*, referida al Derecho valenciano y a la Audiencia de dicho reino.—4. La tortura a través del *Tractatus de re criminali*, referida a la práctica de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte.—5. Primer problema: ¿se podía apelar con efecto suspensivo contra el auto que decretaba la imposición de la tortura?—6. Segundo problema: ¿quedan purgados los indicios contra el reo torturado si éste se mantiene negativo durante el tormento?—7. Tercer problema: ¿cuál es la relación entre perdón de la parte, tortura y condena a pena corporal?—8. Cuarto problema: ¿se puede aplicar la tortura en casos graves con base sólo en la instrucción sumaria y sin comunicar al reo los indicios que contra él pueda haber?—9. A modo de conclusiones: la tortura, «materia arbitraria»; la distancia de Valencia a Madrid; tortura, vida tranquila y eficacia represiva.

1. No es mucho lo que sobre la historia de la tortura se ha escrito en España, y muy poco lo relativo específicamente a tal institución dentro del Derecho valenciano¹. Mi pretensión es contribuir al conocimiento de esta figura jurídica en el Derecho del antiguo reino de Valencia y en el de Castilla, a través del

1. Me remito a dos trabajos que pese a la fecha de los números de las Revistas en que se incluyeron, vieron la luz simultáneamente; Francisco TOMÁS VALIENTE, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», «Anales de la Universidad de La Laguna», I, 1964, págs. 1-37 (cito por separata). Gonzalo MARTÍNEZ DíEZ, «La tortura judicial en la legislación histórica española», en este ANUARIO, XXXII (1962), págs. 223-300; en concreto para el Derecho valenciano, del que yo no me ocupé en mi trabajo, véanse las páginas 277-281 del trabajo de Gonzalo Martínez, que da una visión general de la evolución de esta institución en España; cfr. también Francisco TOMÁS VALIENTE, «El Derecho Penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII», editorial Tecnos, Madrid, 1969, especialmente el capítulo III, páginas 171-175.

estudio de las dos principales obras de un destacado jurista valenciano del siglo xvii: Lorenzo Matheu y Sanz, cuya personalidad, biografía y obras procuro también aclarar y caracterizar.

El Derecho valenciano sobre la tortura es escaso, al menos por lo que se refiere a normas con rango de *Furs*; cuatro preceptos de los primitivos *Fori* y otros tantos muy posteriores, de 1585 y 1624². Cuantitativamente es una regulación inferior, por ejemplo, a la del Derecho de Castilla, en donde todo un título de las Partidas (el XXX de P. 7) varias leyes dispersas de esa misma fuente y algunas posteriores del Derecho real se ocupaban del problema³. La doctrina de los doctores, interpretada por jueces singulares y por Tribunales colegiados, desempeñaba en uno y otro reino la función de completar tan insuficiente tratamiento. Conocida es, a través principalmente de la espléndida obra de Piero Fiorelli, la figura de la «tortura giudiziaria» construida por los juristas del «mos italicus» con base más o menos directa en las fuentes romanas, especialmente en Digesto 48,18 (*De quaestionibus*), en el Código justiniano, 9,41 (*De quaestionibus*) y en las Sentencias de Paulo V,14 (*De quaestionibus habendis*), V,15 (*De testibus*) y V,16 (*De servorum quaestionibus*). Gran número de constituciones imperiales sobre la tortura se recogieron también en el Codex Theodosianus, algunas de las cuales aparecen después en el Código justiniano; de modo análogo, nueve de las veintiuna leyes teodosianas sobre la tortura se incluyeron en el Breviario de Alarico⁴.

2. Por razones de espacio no reproduzco aquí esos textos. cfr. «Fori Antiqui Valentiae», edición crítica de Manuel Dualde Serrano, CSIC, Madrid, Valencia, 1950-1967, pág. 235, rúbrica CXVIII «De quaestionibus», cuatro fueros, y «Fori Regni Valentiae, impressi imperiali cum privilegio concesso, Montisoniano MDXLVII Franciscus Ioannes Pastor, notarius valentinus», fo. 103; los *Furs* de 1585 y de 1624 —que yo no he podido consultar directamente aquí en Salamanca—, aparecen reproducidos en el citado trabajo de Gonzalo Martínez Díez, págs. 279 y 280, y a ese lugar remito al lector.

3. Cfr. l. VII, 30, leyes 1 a 9, título «De los tormentos», y los textos citados en los trabajos mencionados en la nota 1.

4. Cito el «Corpus Iuris Civilis» por la edición de KRUEGER-MOMMSEN, 13.^a ed., reimpr., Weidmann, 1970; para las Sentencias de Paulo, cfr. la edición de Johannes Baviera, Florencia, 1940, concretamente págs. 402 a 404. Sobre el Codex Theodosianus y el Breviario de Alarico II, cfr. MARTÍNEZ DÍEZ, «La tortura...», págs. 225, 229 y sigs.

El mismo Fiorelli ha destacado cómo gran parte de esas fuentes romanas pertenecían cronológicamente a la época del Bajo Imperio, por lo cual constituían «per il diritto romano un punto d'arrivo», mientras que para los juristas del Derecho común significaron «un punto di partenza»⁵.

Ahora bien; aunque descansando siempre sobre esos últimos fundamentos comunes, la institución de la tortura revistió perfiles diferentes en unos y otros reinos; en Valencia y en Castilla, por ejemplo. Se discutió y discurrió mucho sobre el tema de la tortura en Europa desde el siglo XIII al XVIII; desde que el Derecho canónico y el Derecho estatutario italiano fueron admitiendo la tortura, hasta su abolición en casi todas las Monarquías europeas a fines del siglo XVIII o principios del XIX, transcurrieron muchos años; desde que se publicó el famoso y anónimo *Tractatus de tormentis* hacia 1270, según Kantorowicz, hasta las obras de los más tardíos cultivadores del «mos italicus», se escribieron muchas páginas sobre tan crucial institución⁶. Y entre tantas opiniones, las hubo muy diversas. Quienes aplicaban la tortura, los jueces, elegían unas u otras doctrinas, unos u otros textos, y a la larga, basándose en las diferencias legislativas existentes entre los Derechos reales, y en estas variaciones doctrinales, se construyó en cada ordenamiento jurídico una práctica peculiar sobre los medios materiales del tormento, los indicios, la confesión o los efectos probatorios de ésta, es decir, sobre los distintos elementos constitutivos de la tortura judicial.

Nada mejor para conocer esos caracteres que en la práctica

5. PIERO FIORELLI, «La tortura giudiziaria nel diritto comune», I y II, Giuffrè, 1953, I, pág. 22.

6. FIORELLI, «La tortura...», I, págs. 66 a 98 sobre las fuentes canónicas y municipales italianas; respecto al «*Tractatus de tormentis*», cfr. HERMANN KANTOROWICZ, «Studien zum altitalienischen Strafprozess», escritos en 1924 e incluidos ahora en sus «*Rechtshistorische Schriften*», editados por H. Coing, Müller-Karlsruhe, 1970; cito por las páginas de este libro, donde desde la 328 a la 340 se incluye su estudio «*Der Tractatus de tormentis*»; sobre él en págs. 332 y 333 concluye que debió componerse en el cuarto quinto del siglo XIII, por consiguiente, en los años en torno a 1270, y en todo caso se publicó antes de 1286. Cfr. también sobre el desarrollo de la doctrina italiana a partir de entonces, FIORELLI, «La tortura...», I, págs. 131 y sigs

curial de cada reino adquirió la tortura, que las obras de quienes fueron simultáneamente teóricos del Derecho y jueces u hombres del foro ⁷. Lorenzo Matheu y Sanz fue uno de ellos. Con el doble aliciente en su caso de que escribió en fechas ya muy modernas, muy metido en la segunda mitad del siglo xvii (lo que le permitió conocer toda esa doctrina, vieja ya de casi cinco siglos), y sobre todo, de que fue juez de la Audiencia del reino de Valencia, y después Alcalde de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte. Todo lo que este jurista resolvió personalmente o vio practicar en Valencia y en Madrid, y lo que sobre ello escribió en sus dos principales libros, encierra para nosotros muy destacado interés.

2. Los datos personales que sobre Matheu y Sanz nos proporciona Nicolás Antonio no son muy concretos. Por esa vía sólo nos enteramos de que Matheu fue juez de la Audiencia de Valencia, Alcalde de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y miembro del Consejo de Indias y del Consejo Supremo de Aragón. Nos informa también la «Bibliotheca Hispana Nova» de las fechas de las primeras ediciones de las obras de Matheu. Y nada más, muy poco en total ⁸.

Nicolás Antonio y Matheu y Sanz fueron contemporáneos y murieron con muy pocos años de diferencia; en 1684 falleció el bibliógrafo sevillano, y cuatro años antes había muerto nuestro jurista ⁹. Cabía esperar más información acerca de él, de su persona y vida en la monumental obra de Nicolás Antonio, dado que Matheu alcanzó verdadera notoriedad en la Corte y en el foro. Afortunadamente el casi total silencio de Nicolás Antonio puede salvarse en parte acudiendo a otros libros análogos a la «Bibliotheca Hispana», pero de ámbito regional valenciano; me refiero a la «Biblioteca valentina» de Fray José Rodríguez, y a

7. Cfr. la caracterización de algunos de ellos en mi «El Derecho Penal...», págs. 124 y sigs.

8. Nicolás ANTONIO, «Bibliotheca hispana nova, sive hispanarum scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV florere notitia», t. II, Matriti MDCCCLXXXVIII, pág. 5; lo que dice acerca de Matheu ocupa menos de una columna.

9. Sobre la muerte de Nicolás ANTONIO, cfr. Rafael UREÑA, «Historia de la literatura jurídica española», I, Madrid, 1906, pág. 171; la fecha, 13 de abril de 1684.

«Escritores del reino de Valencia» de Vicente Ximeno, ambos publicados en los años centrales del siglo XVIII¹⁰.

Lorenzo Matheu y Sanz (o Mateu y Sanz, o Matheo y Sanz, o Matheu i Sanz, que de todas esas formas he visto escritos sus apellidos) nació en Valencia el 12 de julio de 1618; según Vicente Ximeno sus padres eran «Juan Bautista Matheu, Generoso, y doña Isabel Sanz, descendiente de don Francisco Sanz, XI Maestre» de la Orden de Montesa, de la que luego fue Caballero don Lorenzo. Fray José Rodríguez afirma que «fue a Salamanca a cursar la Jurisprudencia, año 1634, y el de 1638 se graduó en nuestra Universidad». Con el adjetivo «nuestra» Fray José Rodríguez parece referirse a la de Valencia, no a la de Salamanca. En el Archivo de la Universidad salmantina figura «Don Lorenzo Matheu y Sanz, natural de Valencia», como matriculado en el segundo año de Leyes el día 14 de noviembre de 1634. En los Libros de Matrículas de los tres años siguientes vuelve a surgir su nombre como inscrito en los cursos tercero, cuarto y quinto de Leyes, los días 12, 13 y 15 de noviembre de 1635, 1636 y 1637 respectivamente¹¹. No está sin embargo matriculado en Salamanca en el primer año de Leyes. ¿Dónde lo cursó? ¿Tal vez en Valencia? Los Estatutos de la Universidad de Salamanca vigentes entonces admitían la posibilidad de que un alumno se incorporase a una Facultad salmantina, habiendo cursado ya algún año en otra Universidad¹². Por otra parte, en Salamanca no

10. Fray José RODRÍGUEZ, «Biblioteca Valentina. Compuesta por ... Júntase la continuación de la misma obra hecha por el M. R. F. M. Fray Ignacio Savalls», Valencia, 1747; sobre Matheu, págs. 292-295; VICENTE XIMENO, «Escritores del Reino de Valencia», t. I, Valencia, 1747, t. II, Valencia, 1749; sobre Matheu, t. II, págs. 85-88; todas las veces que se cite a Rodríguez o a Ximeno, me refiero a estas obras y lugares indicados; JUSTO PASTOR FUSTER en su «Biblioteca valentina», Valencia, 1872, t. I, pág. 271, no añade acerca de Matheu ningún dato nuevo o distinto a los que proporcionan Rodríguez o Ximeno.

11. Archivo de la Universidad de Salamanca (AUS), Libro de Matrículas (LM), 1634-1635, fo. 100 vto.; AUS, LM, 1635-1636, fo. 100 recto.; AUS, LM, 1636-1637, fo. 105; AUS, LM, 1637-1638, fo. 101.

12. «Estatutos hechos por la Muy Insigne Universidad de Salamanca, recopilados nuevamente por su comisión. En Salamanca, impreso en casa de Diego de Cusio, año MDCXXXV», tít. 28, páfo. 1: «...y declaramos que los cursos que no oviere hecho en otra Universidad los supla en esta

se graduó de Bachiller, ni se licenció, ni se doctoró: los correspondientes libros guardan completo silencio respecto a Matheu y Sanz, quien, por lo que he podido comprobar sólo estudió en Salamanca los cuatro años indicados. Sendas indagaciones en el Archivo de la Universidad de Valencia y en el Archivo del Reino de Valencia tal vez permitan reconstruir mejor la vida académica de Matheu.

No hubo Rectores sobresalientes en Salamanca durante los años que aquí estudió don Lorenzo ¹³. Entre los Catedráticos de Leyes de entonces, junto a Arce y Otalora, Pedro de Villalobos y otros varios cuyos nombres poco o nada nos dicen, destaca el de don Francisco Ramos del Manzano ¹⁴. A él alude Matheu en términos elogiosísimos en un pasaje del Libro tercero de su *De regimine Regni Valentiae*, recordando los tiempos en que don Francisco era titular y él alumno de la Cátedra de Vísperas de Derecho Civil en el «lyceo Salmantino» allá por el año 1634. Claro es que cuando Matheu dedica, incidentalmente por cierto, tan cálidas alabanzas a Ramos del Manzano, éste era ya preceptor de Carlos II, y Matheu Regente del Consejo de Aragón ¹⁵. ¿Influyó algo en la vida profesional de Matheu, especialmente en la etapa cortesana de la misma, su relación desde los tiempos salmantinos con Ramos del Manzano? No puedo afirmarlo; pero es indudable que sus vidas, más que paralelas fueron tangentes durante algún período.

Universidad conforme a las Constituciones della, así en la calidad como en el número de los dichos cursos».

13. A. VIDAL Y DÍAZ, «Memoria histórica de la Universidad de Salamanca», Salamanca, 1869, pág. 375.

14. Nicolás ANTONIO, «Bibliotheca hispana nova...», t. I, págs. 464-465. Enrique ESPERABÉ ARTEAGA, «Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca», Salamanca, II, 1917, págs. 440 y sigs, y 500-502.

15. «Tractatus de regimine Regni Valentiae». Lugduni, 1704, libro tercero, capítulo IX, pág. I, núm. 1: «ut scite dixit illustrissimus Regius Institutitor inter Doctores doctissimus, mihi semper, semperque Venerandus Dominus Doctor Don Franciscus Ramos del Manzano, *in principio recitationis sollemnis ad. tit. ff. de re judicata*: quam ingenti plausu, et numero concursu, in lyceo salmantino publice recitavit, edocuit, edidit, tamquam celeberrimus juris Civílis vespertinae Cathedrae (postmodum Primariae) Antecessor anno 1634».

En Salamanca, pues, estudió Matheu el Código y el Digesto ¹⁶ y anudó amistades y relaciones; pero se volvió pronto a Valencia, probablemente en el verano de 1638, ejerciendo allí de Abogado desde no sabemos cuándo hasta 1646, año en que, según Fray José Rodríguez, Felipe IV lo nombró «Assessor Criminal de la Governación de nuestra Ciudad y Reyno, y el siguiente de 1647 su Abogado Fiscal en nuestra Real Audiencia, y en ella le ascendió a Juez de Corte, que llamamos de la Sala Criminal, año de 1649, y el de 1652 a Juez de la Sala Civil» ¹⁷.

Matheu deja en varios lugares de sus libros constancia de la cronología de su vida profesional; los datos coinciden siempre entre sí y con los que por su parte proporciona Fray José Rodríguez. Con base en ellos sabemos que Matheu actuó en la Real Audiencia de Valencia durante trece años, es decir, desde 1646 a 1659, aunque no todos como juez ni todos como penalista ¹⁸. La Pragmática de 1543 reguladora de la Planta de dicha Audiencia establecía que los jueces de la misma tenían que ser «juristes Doctors en Dret Canonich e Civil» ¹⁹. Volvemos a preguntarnos ¿cuándo completó Matheu sus estudios universitarios hasta alcanzar los más altos grados académicos? Enlazando los datos por

16. Según los citados «Estatutos...», tít. 28, pfo. 10, los «legistas» tenían que cursar en segundo año «una de las Cáthedras de Código, y le oyan sin derramarse a oír Digesto. El tercero, cursen en una de las Cáthedras de Código, y oyendo este año dos lecciones de Código, podrán también oír Digestos. El quarto y quinto, cursen Digestos en una de las Cáthedras de Prima non de Vísperas».

17. Fray José RODRÍGUEZ, «Biblioteca...», pág. 292.

18. «Tractatus de re criminali», Venetiis, MDCCCL, controversia II, núm. 58: «Ego enim dum haec scribo, per viginti quatuor annos expertus loquor in judiciis criminalibus, tredecim in Regno Valentiae, in quo delicta atrocia frequentissima sunt, decem et amplius in hac Curia Hispaniae totius imperio». Véase también el «Nomenclator» que antecede a los índices de este mismo «Tractatus de re criminali», al menos en su edición de Venecia, 1750, por la que siempre cito; análogamente, cfr. la dedicatoria «Ad lectorem Benevolum» que antecede a su «De regimine...», último párrafo de la misma. Coincidentemente, cfr. RODRÍGUEZ, «Biblioteca...», *loc. cit.* en nota 10.

19. Pragmática real dada en Barcelona a 1 de mayo de 1543; puede verse el texto impreso en «Libre de Reals Pragmatiques publicades en la present Ciutat de Valencia», 1611, coleccionadas al parecer por Jaume Sánchez de Castellar, folios 36 y 37; he consultado este libro curiosísimo en la Biblioteca Universitaria de Valencia, signatura, Varia, 167.

mí mencionados en el párrafo anterior, no parece muy aventurado afirmar que Matheu se doctoró en Valencia poco después de 1640.

En 1659 fue nombrado Alcalde de Casa y Corte, iniciándose así la etapa madrileña o cortesana de su vida; salvo ausencias breves, Matheu ya no salió de Madrid. En 1668 llegó a presidir la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, y ese mismo año pasó a ser Oidor del Real y Supremo Consejo de Indias, al que perteneció hasta 1671. Fray José Rodríguez, con la exageración panegírica tan frecuente en los biógrafos, asegura que era tanta su sabiduría jurídica, que todos los Consejos de la Corte se lo disputaban. «Pero prevaleció el nuestro Sacro y Supremo de Aragón, jurando en él de Regente, el día 22 de noviembre de 1671»²⁰. Aquí culmina el «cursus honorum» de Matheu.

En Madrid, pero en fecha desconocida, casó don Lorenzo (que cuando arribó a la Corte contaba ya 41 años) con doña Felicitiana de Silva, «hija de don Diego de Silva y Portugal, marqués de Orán, señor de diversas Baronías, y hijo tercero del duque segundo de Pastrana»²¹. Helo, pues, emparentado discretamente con la nobleza castellana.

Cuando fue nombrado Oidor del Consejo de Indias era Presidente de este organismo don Gaspar de Bracamonte, conde de Peñaranda²². Nicolás Antonio informa de manera incompleta que durante la ausencia del Conde de Peñaranda, asumió la Presidencia del Consejo don Francisco Ramos del Manzano²³. Según Schäfer, don Francisco fue Gobernador del Consejo de Indias, y como tal «sustituto perpetuo del Presidente ausente» desde el día 17 de diciembre de 1662 hasta el 24 de noviembre de 1664; en esta fecha, al regresar de Nápoles el Conde de Peñaranda, Ramos volvió a detentar la plaza que antes ocupaba, esto es, la de Consejero del Consejo Real de Castilla²⁴. Como Matheu

20. Cfr. obras y lugares citados en nota 18.

21. Vicente XIMENO, «Escritores...», t. II, págs. 85-88.

22. Cfr. el «Nomenclator» de su «Tractatus de re criminali», c't. en nota 18.

23. Nicolás ANTONIO, «Biblioteca...», t. I, págs. 464-465.

24. Ernesto SCHAEFER, «El Consejo Real y Supremo de las Indias». Sevilla, I, 1935, págs. 302 y 352; el Presidente era el titular o «propietario efectivo» de la Presidencia; el Gobernador la ejerce «en gobierno», por

fue Consejero del de Indias desde el 9 de diciembre de 1668 hasta el 14 de noviembre de 1671 ²⁵, Ramos y él no coincidieron en el Supremo de Indias, aunque es claro que mientras Ramos fue miembro del Consejo Real de Castilla, Matheu fue Alcalde de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, organismo de cuya vinculación al Consejo de Castilla nos ocuparemos después.

En 1677 estuvo Matheu en Barcelona como «Visitador de S. M. de los Reales Ministros de Cataluña» ²⁶. La relación de Matheu con Valencia desde que salió de ella para residir en la Corte parece haberse extinguido, o poco menos. Su procedencia y origen no guardan relación con los cargos que desempeñó en Madrid, salvo con el de Regente del Consejo de Aragón ²⁷. Quizá también se tuviese en cuenta para la Visita de 1677.

Según Fray José Rodríguez, Matheu murió en Madrid el día 31 de enero de 1680 ²⁸.

Esta es la incompleta semblanza que podemos trazar por ahora de Lorenzo Matheu y Sanz. Noble de origen, pero de la baja nobleza valenciana, no destaca precisamente por ese aspecto, sino que asciende socialmente a través de su condición de jurista. Es el hombre técnico quien alcanza notoriedad. No es tampoco un político, y si en alguna medida participa del poder es en

ausencia de su titular, como hizo Ramos del Manzano en ausencia del Conde de Peñaranda. Análogamente en el Consejo de Aragón, cfr. Jesús LALINDE, «El Vicecanciller y la presidencia del Consejo Supremo de Aragón», en este ANUARIO, XXX (1960), págs. 175-248, en concreto, págs. 238-239.

25. Ernesto SCHAEFER, «El Consejo...», I, pág. 363.

26. Fray José RODRÍGUEZ, «Biblioteca...», págs. 292-295.

27. Ernesto SCHAEFER, *op. y loc. cit.* en nota 24, dice que Matheu dejó de ser consejero de Indias al ser nombrado «Presidente del Consejo de Aragón». El dato creo que es inexacto. Matheu nunca dice que él fuera Presidente de Aragón, y es evidente que de haberlo sido lo diría, como menciona todos sus otros cargos (cfr. antes nota 18); tampoco LALINDE, «El Vicecanciller...», menciona tal cosa (cfr. especialmente págs. 222-223). Considero indudable que Matheu fue sólo Regente de dicho Consejo, es decir, consejero, para lo cual se había de ser jurista nacido en alguno de los Reinos de la Corona de Aragón; cfr. en este sentido Carlos RIBA, «El Consejo Supremo de Aragón en el reinado de Felipe II», Valencia, 1914, páginas XVIII-XIX; Conde de TORREANAZ, «Los Consejos del Rey durante la Edad Media», t. I, Madrid, 1884, págs. 264-267; y Jesús LALINDE, «El Vicecanciller...», págs. 205 y 226-227.

28. Fray José RODRÍGUEZ, «Biblioteca...», págs. 292-295.

cuanto jurista. Su vida, similar en muchos puntos a la de su coetáneo Cristóbal Crespí de Valldaura²⁹, es típicamente la de un hombre del foro, que por su competencia profesional logró escalar elevadas alturas: estudiante en Salamanca, Abogado, Fiscal, Juez de la Audiencia de Valencia, Alcalde de Casa y Corte, consejero de Indias y de Aragón. Y, por supuesto, autor de dos o tres libros de Derecho verdaderamente notables.

Escribió bastante Matheu; sus biógrafos citan de él varios títulos de carácter religioso y literario que no son de nuestra incumbencia. Entre los libros jurídicos mencionaré en primer lugar su *Tratado de la celebración de Cortes generales del Reyno de Valencia*, del que sólo conozco una edición (la de Madrid, 1677, «apud Julianum de Paredes»), y que Danvila y Collado calificó desdeñosa, y a mi entender injustamente, como «obra de interés secundario, pero con datos curiosos y muy interesantes»³⁰; en realidad continúa siendo de inexcusable manejo para conocer el funcionamiento y composición de las Cortes valencianas³¹.

Pasemos ya a caracterizar sus dos obras más importantes, que son también las que nos van a servir de base para estudiar la posición de Matheu acerca de la tortura judicial. Una de ellas es de temática muy amplia y heterogénea. En su primera edición, en dos tomos (Valencia, Bernardo Nogués, 1654 y 1656) se tituló *De Regimine Regni Valentiae, sive selectarum interpretationum ad principales foros eiusdem, Tractatus*. Desde la segunda edición se denominó, más brevemente *Tractatus de regimine*

29. Véanse algunos datos sobre Crespí en Rafael GIBERT, «Historia general del Derecho español», Granada, 1968, pág. 405; y Jesús LALINDE, «El Vicecanciller...», pág. 223, nota 87.

30. M. DANVILA Y COLLADO, «Investigaciones histórico-críticas acerca de las Cortes y Parlamentos del Antiguo Reino de Valencia», en sus «Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia», Madrid, 1905, pág. 230.

31. Véase, por ejemplo, Rafael GIBERT, «Historia general...», págs. 389 y sigs.; y Sylvia ROMÉU ALFARO, «Catálogo de Cortes valencianas hasta 1410», en este ANUARIO, XI (1970), págs. 581-607, passim. Análogamente, cfr. «Furs de Valencia», Volum I, a cura de G. Colon i A. García, ed. Barcino, Barcelona, 1970, en la pág. 9 de su excelente «Introducció».

Regni Valentiae (Lyon, 1677). Pero introdujo Matheu modificaciones más importantes que la del título. Por una parte, «de dichos dos tomos dispuso después uno» como dice Fray José Rodríguez ³²; y en un sólo tomo se editó también en Lyon, 1704. No obstante, la principal novedad de esta obra a partir de su segunda edición, es la incorporación de un tercer Libro a los dos que tenía inicialmente.

El Libro primero del *De regimine*... estudia las instituciones políticas y administrativas del reino y de la ciudad (magistraturas reales, oficiales de la ciudad, la Generalidad, origen y configuración del reino y nacimiento de sus Fueros), más otros dos capítulos dedicados a los pastos («De iure pascendi») y a los señores jurisdiccionales. El libro segundo comprende el estudio de los conflictos de jurisdicción entre la eclesiástica y la real en el reino de Valencia, y (en un extenso capítulo, el octavo, justamente el más interesante para nosotros) el examen de los juicios en materia penal, analizándose en él inseparablemente los aspectos penales y los procesales. Matheu debió escribir estos dos Libros poco después de 1651 ó 1652, pues recogen, especialmente el segundo, buena parte de su experiencia como penalista activo de la Audiencia (primero en cuanto Abogado, luego como Fiscal, finalmente como Juez de lo penal desde 1649 a 1652). Por el contrario el Libro tercero (el añadido en la edición de 1677 y en la de 1704) corresponde por su contenido a la etapa en que Matheu, desde 1652 a 1659, fue Juez de la Sala de lo Civil, ya que está dedicado a los juicios civiles («Liber tertius... continens praxim iudiciorum civilium causarum»).

Cada uno de los párrafos de los doce capítulos del *De regimine*... va encabezado con un *Fur* de Valencia. La obra, por su estilo literario (de literatura jurídica, se entiende), está a mitad de camino entre los «Commentaria» legales y los libros de «Decisiones». En especial los Libros II y III están más cerca de este último género, por el empleo y estudio que en ellos se hace de gran número de «Decisiones» del Consejo de Aragón y de la Audiencia de Valencia. Además del Derecho regnícola, Matheu utiliza también muchos textos del Derecho canónico y del Dere-

32. Cfr. *op. y loc. cit.*, en nota 10.

cho civil. En cuanto a la doctrina, Matheu cita canonistas, comentaristas italianos y castellanos en gran número, siendo de destacar en esta obra el profundo conocimiento que demuestra tener de los juristas catalanes (Fontanella, Ripoll, Cáncer, Peguera...) y valencianos (Tarazona, Morlá, Cerdán de Tallada...) y de modo singular respecto a la obra de Crespí, a quien casi siempre distingue llamándole «Dominus Crespí», o más enfáticamente «... Illustrissimi domini, ac semper domini mei Don Christophori Crespí de Valdaura, dignissimi nostrae Coronae Vicecancellarii...»³³.

La obra que mayor fama ha dado a Matheu es su *Tractatus* (o *Tractatum*, según las ediciones) *de re criminali, sive controversiarum usu frequentium in causis criminalibus, cum earum decissionibus tam in Aula Hispana Suprema criminum, quam in Summo Senatu Novi Orbis*, cuya primera edición apareció «apud Claudium Bourgeat» en Lyon, 1676. De este libro Palau y Dulcet cita además las siguientes ediciones: Lyon, 1686; Lyon, 1696; Lyon, 1702; Lyon, 1704; Venecia, 1725; Lyon, 1738; Venecia, 1750; Lyon, 1758; Madrid, 1776 y Lyon, 1786³⁴. Once ediciones en poco más de cien años demuestran que fue uno de los libros más apreciados y difundidos durante el siglo y pico en que aún estuvo vigente en Europa el Derecho Penal y Procesal de la Monarquía absoluta, técnicamente inmerso en la tradición cultural del «mos italicus».

Aunque publicado en 1676, creo que Matheu lo escribió hacia 1670 ó 1671³⁵. El libro, como ha destacado Gibert, está escrito en el estilo de las «Decisiones», aunque con cierta elasticidad en la interpretación personal de tal género literario, añadiría yo³⁶. Consta de un total de setenta y ocho controversias forenses, que el autor agrupa en dos partes, una concerniente a la

33. «De regimine...», cap. VIII, pgfo. VII, núm. 41; cap. X, pgfo. VI, números 10 y 15.

34. Antonio PALAU Y DULCET, «Manual del librero hispanoamericano», 2.^a ed., Barcelona, t. VIII, 1954-1955, págs. 361 y 362.

35. Eso resulta sin confrontamos el texto transcrito en la nota 18 con el «Nomenclator» del «Tractatus de re criminali», y con las fechas citadas por sus biógrafos; además, en el texto del «Tractatus...», por lo que yo he visto, tampoco cita casos posteriores a ese año 1671.

36. Rafael GIBERT, «Historia general...», pág. 406.

práctica procesal penal de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, y otra que trata de las controversias forenses relacionadas con las «Decisiones» y la práctica del Consejo de Indias. La mayoría de las «Controversias» (sesenta) están incluidas en la primera parte. En cierto modo puede decirse que la estructura del libro, e incluso el desequilibrio cuantitativo entre sus dos partes, recuerdan la estancia de Matheu durante diez años en la Sala de Alcaldes (1659-1668) y de sólo tres años (1668-1671) en el Consejo de Indias.

Matheu suele comenzar cada «Controversia» con la descripción del problema o cuestión de hecho («Facti narratio», «Facti species proponitur», «Facti species traditur»); desarrolla después las diversas posiciones doctrinales controvertidas (dando entrada a los textos legales, y a las obras y opiniones de incontables juristas, con mención casi exhaustiva de los castellanos); y termina con la exposición y generalmente la defensa de la práctica de la Sala o del Consejo; el último número de cada «Controversia» suele consistir en la cita, concreta y detallada en cuanto a su contenido y fecha, de una Sentencia de uno u otro Tribunal («Decisio Aulae», o «Decisio Senatus»).

En Matheu se dan todas las características del buen jurista del «mos italicus». Erudición, gran capacidad dialéctica y retórica, asistematismo (las cuestiones se plantean y relacionan por conexiones laterales, casi accidentales, y en todo caso por parentesco más analógico que lógico), casuismo (atención al problema concreto, al caso judicial), prolijidad y aun sutileza. Su pensamiento es argumentativo, tributario de la retórica y de la «tópica», no de la lógica formal, abstracta o silogística³⁷.

Pero veamos ya lo que sobre la tortura judicial escribió Matheu en Valencia (en relación con el Derecho valenciano) y en Madrid (en función del Derecho de Castilla).

37. Cfr. sobre esto mi «El Derecho Penal...», págs. 112 y sigs. y la bibliografía allí citada; sobre este modo de pensar jurídicamente y las nuevas corrientes filosófico-jurídicas a favor de una lógica material, o lógica de lo razonable, o pensamiento sobre problemas, como contrapuestas a la lógica formal, abstracta o físico-matemática, cfr. el reciente resumen de Luis RECASENS-SICHES, «Naturaleza del pensamiento jurídico», en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero, 1971, 46 págs. (separata).

3. Matheu, en el *De regimine...* se refiere siempre al Derecho valenciano, tanto a lo dispuesto por los *Fori Regni Valentiae*, por *Furs* «extravagantes», o por otras disposiciones normativas inferiores, como a lo que la Audiencia practicaba. Al tema de la tortura aluden dos pasajes del Capítulo VIII³⁸, pero en ambas ocasiones casi incidentalmente, esto es, al filo de otras cuestiones, comentando dos *Furs* cuyos textos no se refieren a la tortura.

En uno de estos pasajes, Matheu comenta un *Fur* de las Cortes de Monzón de 1564 que implantó la prudente medida de no someter a juramento previo al reo a quien se pedía declaración; ésta tendría en adelante el mismo valor probatorio que si hubiese sido obtenida bajo juramento, pero el reo sería interrogado «lisament e sense precehir jurament», con lo cual se evitaban los frecuentes perjurios que pronunciaban en tales ocasiones los reos acusados de algún delito³⁹. Pues bien, el problema que en este contexto afecta a la tortura es el siguiente: si un reo así interrogado respecto a circunstancias que atañen al hecho delictivo se niega a responder, o contesta sólo evasivamente ¿se le puede someter a tormento para que conteste con precisión y seriedad?

Matheu opina que sí, pero puntualiza que tal tormento no se le daría «ad eruendam veritatem, sed ad habendam praecisam responsionem affirmativam vel negativam» (*ibidem*, núm. 14); además, sólo se puede admitir la tortura en tal supuesto cuando se trate de delitos importantes y que lleven aparejada una pena mayor que la dolencia inferida por la tortura, pues en causas por delitos leves sólo se admite la «pecuniaria coercitione» (*ibidem*, núm. 15). Ahora bien, como la tortura se aplicaría en tal caso no para averiguar la verdad acerca de la culpabilidad

38. «De regimine...», cap. VIII, pgfo. IV, números 13 a 22; y pgfo. IX, números 93 a 105. El «De regimine...», lo cito siempre por la edición indicada antes en mi nota 15, es decir, la de Lyon, 1704. El «Tractatus de re criminali», lo citaré siempre por la edición de Venecia, 1750. Para facilitar la identificación de cada frase o idea importante de las citadas por mí, citaré siempre en nota el comienzo del pasaje interesante, y luego entre paréntesis el número correspondiente a cada párrafo o frase del mismo; de este modo evito un número innecesario de notas marginales, ya que las indicaciones relativas a los números no irán en notas sino en el texto.

39. «De regimine...», cap. VIII, pgfo. IV, números 13-22.

de ese mismo reo, sino para obtener una respuesta categórica suya acerca de otras cuestiones de hecho, no es necesario que en estos casos haya indicios de culpabilidad contra ese reo, como se requiere normalmente en otras ocasiones, esto es, cuando se trata de averiguar su propia culpa, sino que para torturarlo basta con que se niegue a responder afirmativa o negativamente («... non requiruntur indicia alias sufficientia ad torturam; nam sufficit quod respondere negando, aut affirmando recuset»: *ibidem*, núm. 16). Es esta la primera ocasión en que Matheu admite la licitud de la tortura en casos determinados, aunque no haya indicios suficientes de culpabilidad contra el reo al que se le inflige. El hecho es grave.

¿Se aplicaba la tortura en Valencia en estos supuestos? Al parecer, no. Matheu explica cuál es la práctica de la Audiencia en tales casos, consistente en amonestar al reo para que conteste, advirtiéndole que si a la tercera amonestación sigue negándose a contestar, se le considerará convicto y confeso. Matheu opina que este uso u observancia de la Audiencia es indiscutiblemente correcto en materia de derecho y proceso civil. En causas penales no muy graves también se practica sin problema alguno esta «ficta confessio», en cuya virtud se condena al reo interrogado que se niega a responder o que sólo contesta con evasivas; y en este sentido, Matheu refiere un caso de estupro (sin indicación de fecha, pero sí de nombres) y otro de hurto en 1640 en los cuales los acusados fueron condenados por ese procedimiento probatorio (*ibidem*, números 17 a 19).

Ahora bien, Matheu añade que con la única base de la «ficta confessio» nunca se puede llegar a condenar a un reo a la pena capital (*ibidem*, núm. 20), y que la Audiencia valenciana, con esta única prueba ficticia, nunca ha condenado a nadie ni siquiera a pena grave («ad poenam acerbam»). Por todo ello Matheu termina este punto diciendo que la tortura es una vía más protectora («tutior») en orden a la condena que este mecanismo de la «ficta confessio», y que en consecuencia y según su criterio, siempre que sea posible, se debe aplicar la tortura (*ibidem*, núm. 22). Pero, ¿más protectora o eficaz («tutior») para quién? ¿Para el reo, o para la más fácil obtención de una condena? Las palabras de Matheu («Tortura via tutior est ad condemnationem»; «tor-

tura... tanquam tutior via amplectenda meo iudicio est») se prestan a equívoco. Podría pensarse que quiere decir que la tortura es mejor garantía para el reo, que la aplicación de la «ficta confessio»; lo cual, por lo que en seguida veremos no es en modo alguno disparatado en función del Derecho valenciano. Cabe también interpretar esas palabras y su desarrollo ulterior en el sentido de que al reo torturado se le puede condenar a pena capital, más allá por tanto del límite condenatorio permitido con la sola base de la «ficta confessio», lo que supondría una ventaja en favor de la tortura, de su eficacia. Dejemos sin resolver la duda, toda vez que en mi opinión es muy posible que Matheu quisiera decir no una u otra de estas dos cosas, sino tal vez las dos a un tiempo.

En el otro fragmento de esta misma obra relacionado con la tortura, Matheu glosa y desarrolla uno de los *Furs* de Jaime I⁴⁰, que nada tiene que ver en principio con nuestro tema. Sin embargo, al ocuparse Matheu del problema de la ejecución de la Sentencia penal condenatoria, se plantea esta cuestión: ¿puede ser sometido a tortura el reo ya condenado?

Matheu, a través de una larga pero interesantísima digresión, ordena los casos en que puede aplicarse la tortura y los sistematiza diciendo que comúnmente («communiter») puede ser inferida por tres tipos de causas: *a*) a los testigos verosímelmente informados de la verdad relativa al delito perseguido, con el fin de poner en claro ésta; *b*) a los testigos viles o que se contradigan en sus declaraciones, con el objeto de hacer más creíbles sus testimonios, al quedar purgada en el tormento su condición vil, o superadas sus contradicciones; en estos dos casos, la tortura se decía aplicada «in caput aliena»; *c*) por último, la tortura impuesta «in caput proprium», esto es, al mismo reo (*ibidem*, número 93).

A su vez, el reo podía ser torturado en tres supuestos:

40. Cap. VIII, pág. IX, a cuyo comienzo transcribe el *Fur* literalmente así: «Jacobus Primus, Rex. Los Judges, en romanç diguen les sentencies que donaran, e donen aquelles sentencies escrites a les parts que les demanaran». En los «Fori Antiqui Valentiae», ed. cit. de M. Dualde, se lee, en la versión latina (pág. 189): «Iudices romana lingua sentencias proferant, et eas partibus requirentibus donent scriptas».

a) cuando se negase a contestar, y entonces se le infería, como ya dijo Matheu y aquí resumimos nosotros, «non ad eruendam veritatem, sed ad habendam certam responsionem»; b) cuando se le impone «pro eruenda veritatis criminis de quo est inquisitus», esto es, cuando se trata de verificar si los indicios de culpabilidad que hay contra él en relación con el delito investigado, corresponden o no con su verdadera culpa, la cual se considerará probada si el reo torturado confiesa en el tormento, y ratifica luego su confesión. Nótese que este tipo o supuesto de aplicación de la tortura es el básico o fundamental. Matheu advierte (*ibidem*, número 94) que de él se ocupa dentro del Derecho valenciano el *Fur* 1 de la rúbrica «De questionibus» de los de Jaime I, 1240⁴¹.

41. En efecto, así es; pero lo que Matheu no dice es que dentro de esa misma rúbrica CXVIII, «De questionibus» (ed. de los «Fori Antiqui Valentiae», de M. Duarte, pág. 235), hay también otros supuestos que él no menciona; el *Fur* 2, de esa rúbrica dice simplemente que el menor de dieciocho años no puede ser torturado (aumentándose así el límite ordinario del Derecho Común); el *Fur* 3, contempla la tortura del siervo contra su dueño o la del hijo o hermano contra el padre o hermano; el *Fur* 4, alude a la tortura «in pecuniariis casis, sive civilibus». P. G. Tarazona sintetizó muy bien en 1580 esas figuras legales de tortura citando también algún precepto de rango inferior; estas son sus palabras: «De turments. Sia posat a turments aquell que sera accusat de crim, contral qual hi ha tals indicis y senyals, que mostraran presumpcions que çausen sospita, per ques sapia la veritat del crim del qual sera accusat, si no sera persona honrrada, a estimacio de la Cort y prohomens. Y no sia turmentat menor de dihuit anys. Ni pot esse turmentat esclau contra son senyor, ni lo libert contral patro, ni lo fill contral pare o mare; ni lo pare o mare contra son fill; ni lo germa contra son germa, si no sera per crim de Lesa Magestat, heretgia o per falsador de moneda. Ni pot esser turmentat home libert per fets civils, si no era testimoni que fos vario, o respongues malament y duptos. Y lo Governador no turmente algun habitador de Valencia, sino fet proces y donada sentencia, sots pena de dos mil florins, al Rey applicadors, y la desgracia del Rey» (P. G. TARAZONA, «Institucions dels furs y privilegis del regne de Valencia», Valencia, Pedro de Guete, 1580). Como se ve, Tarazona, al escribir en 1580, cinco años antes de las Cortes de Monzón de 1585, no puede tratar de los *Furs* de aquellas Cortes alusivos a la tortura. En cuanto a los supuestos referidos en los *Furs* de 1240, comentados por Tarazona y silenciados por Matheu, creo preferible dejarlos también sin comentario por nuestra parte, ya que mi intención no es tanto hacer un estudio sistemático de la tortura en Valencia, sino exponer el pensamiento, y la evolución de Matheu al respecto, así como las prácticas por él descritas.

Y aquí viene lo más interesante, pues Matheu asegura que esta forma de tortura (precisamente, repito, la fundamental, la inferida al reo indiciado con el fin de averiguar su propia culpa) en Valencia casi no se usa: «Haec enim torturae species apud nos fere non est in usu».

¿Por qué? Matheu lo explica con toda claridad, y yo me permito llamar la atención del lector sobre sus razones e incluso literalmente sobre sus palabras. Nuestro autor afirma que esto es así, tanto porque se considera que la tortura, como ya dijo Ulpiano («ut ait Ulpianus») ⁴², es una prueba extremadamente peligrosa («valde periculosa probatio», escribe Matheu), como porque la experiencia enseña que en Valencia la tortura muy frecuentemente no produce ningún resultado, es decir, no provoca la confesión del reo; hasta el punto de que (añadirá un poco después), incluso las mujeres, que son de frágil naturaleza, se mantienen negativas en el tormento. Matheu aclara a qué se debe este nulo resultado o efecto de la tortura, y proporciona dos importantes razones legales al respecto. Una, el *Fur* 175 de las Cortes de Monzón de 1585, según el cual los indicios contra el reo quedan purgados si éste permanece negativo en el tormento, de manera que, con arreglo al precepto expreso de dicho *Fur*, «qualsevol reo que sera estat tormentat, y haura passat los torments negant, no puixa esse apres condemnat en pena alguna, encara que extraordinaria...» ⁴³. La segunda razón del poco éxito

42. Por lo que luego veremos, conviene reproducir aquí literalmente el párrafo de Ulpiano tal como él lo transcribe, que no es otro sino el contenido en D. 48.18.1, párrafo 23; Matheu, en letra cursiva, copia así dicho párrafo: «Queastioni fidem non semper nec tamen nusquam habendam constitutionibus declaratur; est enim res fragilis, et periculosa, et quae veritatem fallat, nam plerique patientia, sive duritia tormentorum, ita tormenta contemnunt ut exprimi ex eis veritas nullo modo possit; alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri, quam pati tormenta velint. Ita fit, ut etiam vario modo fateantur; ut non tantum se, verum alios comminentur» («De regimine...», caput. VIII, párrafo. IX, núm. 94). En este párrafo mismo e inmediatamente antes de la cita de Ulpiano, Matheu, literalmente dice: «Haec enim tortura species apud nos fere non est in usu, vel quia valde periculosa probatio censetur, ut ait Ulpianus...».

43. Por las razones indicadas antes en mi nota 2, este *Fur* de 1585 lo cito tal como lo reproduce Gonzalo MARTÍNEZ Díez, «La tortura judicial...», cit., pág. 280.

de la tortura en Valencia estriba, según Matheu, en que otro de los *Furs* de 1585 prohibió que se innovasen los medios físicos de atormentar; los dos únicos procedimientos de tortura admitidos en Valencia eran el llamado «lo guant del Emperador», y el de colgar al reo con los brazos atados a la espalda y una piedra sujeta a los pies; ahora bien, estos viejos y autorizados medios de atormentar eran, en opinión de Matheu, poco dolorosos, y ésto, unido al valor probatorio-absolutorio del silencio, hacía que los reos los soportasen sin confesar ⁴⁴.

Fácilmente se comprende que el *Fur* 175 de los de Monzón en 1585 es de una importancia capital, ya que convirtió al sistema legal valenciano sobre la tortura en uno de los más benignos de su tiempo. En efecto, aunque el llamado «efecto purgativo» de la tortura fue defendido insistentemente por parte de los juristas del Derecho común (pese a no encontrarse expresamente regulado por los textos legales romanos o canónicos) no siempre se impuso en las legislaciones reales ni en la práctica; más bien imperó la solución de compromiso consistente en condenar también al reo negativo, aunque no a la penal legal-ordinaria, sino a otra menor y arbitraria ⁴⁵. Más adelante compararemos en función de otros párrafos de Matheu, del Matheu Alcalde de Casa y Corte, lo que en este punto decisivo practicaba la cortesana Sala de Alcaldes. De momento conviene subrayar el hecho de que en virtud de este *Fur* la tortura era en Valencia una prueba con posible valor pleno y absolutorio, y que precisamente en esto estribaba, como nos informa Matheu, una de las causas de su casi total desuso.

En relación con los medios materiales de dar tormento, Matheu, que escribe su libro hacia 1650, no cita un *Fur* de las Cortes de Monzón de 1624, que decía así:

Cap. 112. Item per quant ab fur particular fet en les Corts del any 1585, fonch provehit y manat, que no se inventassen nous torments perals delinquents, y açó no es guarda; ans de llavors ença se ha inventat atormentar ab foch als delinquents que es torturen *tamquam cadaver*, lo que porta ab si notable

44. «De regimine...», Cap. VIII, pgfo. IX, números 95 y 96.

45. FIORELLI, «La tortura...», II, págs. 135-142; F. TOMÁS VALIENTE, «La última etapa...», págs. 21-22.

rigor, y no es conforme als Furs antichs. Supliquem perço que pera la deguda observancia del dit Fur, y major declaracio de aquells, de huy avant los delinquents no puixen ser torturats, aixi abans de sentencia, com apres, encara que *torqueantur tamquam cadaver*, ab altre genero de tormentos que lo guant, corda y pedres y no altres alguns fins huy inventats, o per avant inventadors. Plau a Sa Magestat»⁴⁶.

Poniendo en relación estos *Furs* de 1585 y 1624 con los textos de Matheu, parece claro que la restricción que para el empleo de la tortura supusieron las normas de las Cortes valencianas en 1585 no fueron acatadas sin más por los jueces; la resistencia profesional de éstos fue sin duda lo que motivó el nuevo *Fur* de 1624, insistiendo en la prohibición de 1585. No obstante, a la larga, tanto unos (los de 1585) como otro (el de 1624) fueron eficaces, ya que Matheu, de cuya veracidad no hay motivo para dudar, no habla de nuevos géneros de tormento (salvo alusiones veladas en el supuesto del reo torturado «tamquam cadaver», como vamos a ver en seguida), y sí nos informa y nos da razón y fe de la práctica y observancia del efecto purgativo de indicios (o valor probatorio-absolutorio) de la tortura sufrida sin confesar por el reo («reo negativo»).

Pero cerremos ya la digresión de Matheu, volviendo con él al punto de partida de la misma. En el comienzo de este pasaje Matheu se preguntaba si podía ser torturado el reo ya condenado. Pues bien; su respuesta es afirmativa, ya que considera que el tercer supuesto de tortura del reo (de los cuales hemos descrito y comentado con él los dos primeros) es precisamente éste: el del reo torturado «tamquam cadaver». Pero ¿qué quería decir esta expresión? A explicarla y a dar noticias de la práctica de la Audiencia valenciana acerca de este punto, dedica Matheu otro párrafo de gran interés⁴⁷.

Matheu indica que la tortura del reo ya condenado, la cual en la Audiencia de Valencia («apud nos») es muy frecuente, constituye parte de la condena, lo que indirectamente equivale a insinuar que en estos casos la tortura es una pena, aunque pueda

46. Cfr. G. MARTÍNEZ Díez, «La tortura judicial...», pág. 280.

47. «De regimine...», cap. VIII, pág. IX, números 97-103.

servir como medio de prueba o de información ⁴⁸. Y se impone por una de estas dos causas: o bien porque el reo ya condenado a cualquier pena no capital está considerado como famoso delincuente y autor de otros delitos, en cuyo caso se le interroga en el tormento acerca de estos otros crímenes; o bien, cuando se sabe que un reo ya condenado por un determinado delito a pena capital, cometió tal delito con cómplice, en cuyo caso se le tortura para que hable acerca de dichos cómplices. En el primero de estos dos supuestos, la tortura del reo condenado debe ser moderada, no excesiva, y no se le puede aplicar «tamquam cadaver». Esta, la tortura «tamquam cadaver» sólo se impone al reo ya condenado a muerte para que informe de sus cómplices, auxiliares o receptadores (*ibídem*, números 97 y 98).

Y se le da este nombre aludiendo a que el condenado a muerte se puede considerar que ya es cadáver antes de ser torturado, en el sentido de que, precisamente por existir ya contra él una sentencia condenatoria y definitiva, los efectos purgativos de la tortura sufrida en silencio, no le aprovechan; no se trata ya de averiguar o comprobar su culpa, y por consiguiente la tortura sin confesión no purga los indicios o las pruebas incompletas, puesto que la culpabilidad de este reo está ya demostrada, y en virtud de las pruebas antecedentes el reo está ya condenado. Así, el reo-condenado-torturado será ejecutado inmediatamente después de la aplicación del tormento, declare o no lo que sepa (o se cree que sabe) acerca de sus reales o supuestos cómplices. De modo que, explica Matheu, la expresión «tamquam cadaver» alude a todo eso, y no al modo o a la dureza con que se aplica la tortura en este caso.

Leyendo estos párrafos de Matheu inevitablemente nos viene al pensamiento el aforismo de «excusatio non petita, accusatio manifesta». Máxime porque si seguimos leyendo unas líneas más, queda patente en nuestro ánimo la apenas disimulada y excusada dureza con que se ejecutaba el tormento sobre tales reos. En efecto, Matheu dice que aunque frecuentemente se atormenta a

48. Este fue un punto doctrinalmente siempre discutido y en cuyo análisis no podemos entrar ahora; cfr. como orientación FIORELLI, «La tortura...», I, págs. 223-232.

estos reos con mayor dureza, esto no se hace de cualquier modo o a la ligera («*manu non errante*»), sino teniendo en cuenta la clase del crimen cometido, la condición del reo, su debilidad o vigor, y otras circunstancias semejantes. De manera tal que, aunque se puede imponer lícitamente el tormento hasta el último grado, normalmente («*regulariter*») se hace sin peligro de muerte; y además, la Audiencia no siempre llega hasta el último grado, sino que detiene antes el tormento usando de su arbitrio en función de las circunstancias de hecho (*ibídem*, números 100 a 102).

Creo lícito inferir de estos párrafos, que en este supuesto de la tortura «*tamquam cadaver*» seguían en uso aquellos nuevos géneros de tormentos denunciados y combatidos en las Cortes de 1624. A mi entender los *Furs* de las Cortes de 1585 en Monzón, interpretados rectamente y en todo caso a favor del reo, no permitían este tipo de tortura «*tamquam cadaver*»; y desde luego ninguno de los *Furs* primitivos de la rúbrica «*De questionibus*» aludían tampoco a ella. Se trataba de una forma de tortura completamente extralegal, «*praeter legem*», aunque consolidada por la observancia del más alto Tribunal del reino. Y por su contenido y por el modo de administrarse el tormento pienso que iba en contra de los *Furs* de 1585 y 1624, ya que ni uno ni otro de los ya citados textos legales, al limitar los géneros de tormentos, permitían que éstos sí pudiesen ser innovados y agravados en la llamada tortura «*tamquam cadaver*», antes bien el *Fur* de 1624 condenaba expresamente la especial severidad de los medios físicos de tormento empleados en ésta. Pero evidentemente Matheu y la Audiencia, que parecen haber aceptado las comentadas limitaciones legales en el caso normal de tortura inferida al reo indiciado de culpabilidad, las eludieron en esta otra forma, aunque para ello tuvieron que olvidar o silenciar (recuérdese que Matheu no lo cita) el transcrito *Fur* de las Cortes de Monzón de 1624.

Matheu termina su tratamiento del tema enunciando qué personas son las exceptuadas de tortura (*ibídem*, números 104 y 105), pero sin plantearse problema alguno en relación con este punto.

Intencionadamente dejo por ahora sin comentario global estos

fragmentos del pensamiento de Matheu. Sobre la teoría y la práctica de la tortura en Valencia, ya nada más nos dice.

4. Nos llevaría muy lejos el glosar por extenso y uno a uno todos los pasajes del *Tractatus...* en que Matheu se ocupa de la tortura. Son mucho más numerosos y amplios que los del *De regimine...*, y ello a mi entender por una razón ajena al enfoque y estructura de la obra y más bien obediente a la realidad procesal en ella estudiada; o dicho de otro modo: la creciente atención que Matheu dedica a la tortura en el *Tractatus...* corresponde a la real importancia que tal institución tenía en la práctica de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte. Quede claro también desde ahora que Matheu se refiere siempre en las páginas que vamos a comentar a dicha Sala y no al Consejo de Indias; en la Parte segunda de su obra, referida como ya dije a este Consejo, sólo hay un párrafo alusivo a la tortura, carente por lo demás de interés.

He preferido no sistematizar ni reducir a ningún tipo de ordenación los fragmentos del *Tractatus...* referentes a nuestro tema; respeto el enfoque y el estilo del autor. Por otra parte, son tantos los problemas relativos a la tortura no tratados por Matheu, que cualquier intento de sistematización hubiera sido vano. Su estilo casuístico, analítico de problemas concretos y aislados, y generalmente apologético de las decisiones de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, puede percibirse muy bien a través de las páginas dedicadas a la tortura.

Pero antes de proceder al comentario de las mismas, quiero dedicar unos párrafos, sólo aparentemente digresivos, a la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, referidos directa o indirectamente a la década de 1659 a 1668 en que fue miembro suyo don Lorenzo Matheu.

Me interesa dejar demostrado que la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, o más exactamente quizá, los Alcaldes de Casa y Corte eran Jueces superiores, y constituían en lo penal un Tribunal superior o supremo dentro de su competencia, ya que contra las Sentencias dadas por la Sala que ellos constituían no había recurso alguno ante ningún otro Tribunal.

Empleo el término *Sala* de Alcaldes de Casa y Corte, en primer lugar porque Matheu alude a ella en latín con la voz «*Aula*

Suprema Criminum» reiteradas veces, y en segundo término porque a la larga, sobre todo en el siglo XVIII, acabó imponiéndose tal denominación (Sala de Alcaldes, Sala de Corte o Sala de Alcaldes de Casa y Corte) en especial desde dos disposiciones de Felipe V en junio de 1715⁴⁹, en una de las cuales el rey establecía que uno de los miembros del Consejo Real presidiría dicha Sala. Algún autor del XVIII, concretamente Xavier Pérez y López, escribió que los Alcaldes de Casa y Corte «forman juntos quinta Sala del Consejo de Castilla»⁵⁰, pero su afirmación me parece claramente exagerada. Sólo un miembro de la Sala, el Presidente, era consejero de Castilla, y a través de él se operó y consolidó la vinculación de la Sala al Consejo, pero nunca una confusión ni una inclusión de aquélla en éste. Por eso Escolano en su célebre *Práctica del Consejo Real* (Madrid, edición póstuma, I y II, 1796) no estudia de modo directo la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y si alude a ella es sólo de manera incidental y aislada; por eso también en la Novísima Recopilación hay un título dedicado al «Real y Supremo Consejo de Castilla y sus Ministros», y otro a «Las dos Salas de Corte y sus Alcaldes»⁵¹.

Los textos normativos bajomedievales y los de los siglos XVI y XVII hablan no de Sala, sino más bien de «Alcaldes que han de servir a Nos en nuestra Corte»⁵², o de «alcaldes de nuestra casa e rastro e de la nuestra corte e chancillería»⁵³, como dicen en Toledo, año 1480, los Reyes Católicos en una importantísima ley (la 42 de aquel Ordenamiento) a ellos dedicada.

Mientras los Alcaldes de Casa y Corte actuaron en Valladolid su vinculación con la Audiencia y Chancillería fue clara, como insinúa la denominación con que a tales Alcaldes aluden los Reyes Católicos en el texto últimamente citado. Por ello en la Recopilación de Ordenanzas de la Audiencia y Chancillería de Valladolid, se dedica un Título a «Los Alcaldes de la Corte y

49. NoR, IV,3,4 y IV,27,3.

50. «Teatro de la legislación universal de España e Indias», tomo III, voz «Alcaldes de Casa y Corte», pág. 145.

51. Títulos III y XXVII, respectivamente, del Libro IV.

52. Alfonso XI, 1345, NR,II,6,1.

53. «Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla publicadas por la Real Academia de la Historia»; Madrid, 1882, t. I, págs. 124-127.

Chancillería»⁵⁴. Pero, por supuesto, ni personal, ni orgánica, ni funcionalmente los Alcaldes de Corte se confunden con el Presidente y Oidores de la Audiencia. Por eso cuando la Corte se separa de Valladolid y se fija en Madrid, se desvinculan los Alcaldes de Casa y Corte de la Audiencia y Chancillería de Valladolid.

Quiero con estas consideraciones dejar establecido que los Alcaldes de Casa y Corte constituían un Tribunal o Sala por sí mismos, tanto en la época de su vinculación a la Audiencia y Chancillería de Valladolid, como cuando, ya en Madrid, se acentuó su relación y vinculación con el Consejo Real de Castilla.

Las principales leyes reguladoras de este Tribunal vigentes en la época que nos interesa, esto es, entre 1659 y 1668, eran la ya citada ley de los Reyes Católicos de 1480, que se recopiló fragmentadamente⁵⁵, alusiva a su rango y modo de proceder en materia criminal; una de Felipe II dada en las Cortes de Madrid de 1563 sobre su competencia en fase de apelación⁵⁶; otra de Felipe II, 1583, que declaraba vigentes las anteriores y añadía nuevas particularidades sobre su modo de actuar en lo civil y en lo penal⁵⁷; y otras tres de Felipe III de 1599, 1600 y 1604⁵⁸, al margen de multitud de disposiciones de rango inferior no recopiladas⁵⁹.

La categoría de Sala o Tribunal superior o supremo en materias de su competencia les viene atribuida a los Alcaldes de Casa y Corte por la ley de Toledo 1480 en la que se lee:

54. «Recopilación de las Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Su Magestad que reside en la villa de Valladolid». Reimpreso (*sic*) en Valladolid por Thomas de Santander, Tesorero de la Real Universidad; año de 1765; cfr. Libro I, título III, en donde entre otras cosas, se reproducen unas interesantes Ordenanzas de don Carlos en Molins de Rey, 1542.

55. NoR, III, 6, leyes 5, 6 y 7. Aluden a ella equivocadamente como Ley 40 de Toledo, 1480; es la 42, al menos en la edición del Ordenamiento por la Real Academia de la Historia; cfr. antes nota 53.

56. NR, II, 6,14.

57. NR, II, 6,16.

58. NR, II, 6, leyes 18, 19 y 20.

59. Véase la mención de muchas de ellas, entre otras diversas cuestiones y papeles en «Archivo Histórico Nacional. Consejo de Castilla. Sala de Alcaldes de Casa y Corte. Catálogo por materias», Madrid, 1925, págs. 21 y sigs.

«...e es nuestra merced e mandamos que en las causas criminales, todos los dichos quatro alcaldes se junten para sentenciar e condenar dyfinitivamente, o al menos sean tres dellos, e no puedan ser menos para ello. E si en la nuestra corte non estovieren tres alcaldes, que los del nuestro Consejo pongan otras tantas personas de entre ellos mismos quando ellos faltaren fasta en número de tres. E lo que estos sentenciaren e mandaren, que aquello se esecute, e que desto non aya nin pueda aver apelación, salvo suplicación para ante ellos mismos en el caso que de derecho logar oviere»⁶⁰.

Este carácter de instancia suprema aparece ratificado pocos años después por los mismos reyes ante un caso concreto⁶¹, y se confirmó e incluso amplió en 1563 y 1583 por Felipe II, al disponer éste la observancia y obediencia a las leyes anteriores⁶². El sentido conferido a la expresión «Juezes o Tribunales superiores», y su referencia a los Alcaldes de Casa y Corte está nítidamente establecido en una Pragmática de 1565, en la que de modo incidental, se dice:

«...los Alcaldes de nuestra Casa y Corte..., y los otros Juezes superiores, de los quales, y en los casos que no ay grado para apelar o suplicar para otros Tribunales en los negocios y delitos que sentenciaran, aunque hayan venido ante ellos en primera instancia...»⁶³.

Y con este carácter sigue actuando la Sala de Alcaldes de Casa y Corte durante el siglo XVII, estando justificado sin duda el hecho de que Matheu lo califique repetidas veces de Tribunal superior o «Aula Suprema criminum», con el significado e importancia que luego veremos.

Pues bien; cerrado ya este paréntesis que he juzgado necesario, y dejando a un lado algunos pasajes de poco interés en los

60. «Cortes de los antiguos reinos...», t. I, págs. 125 y 126; pasó a ser este párrafo NR, II, 6,5.

61. Don Fernando y doña Isabel en Granada a 18 de noviembre de 1499, dirigida a los Alcaldes de Casa y Corte; puede verse en «Recopilación de las Ordenanzas...», cit. en nota 54, folio 41.

62. NR, II, 6, leyes 14 y 16.

63. NR, II, 6,15.

que Matheu se ocupa de la tortura de modo breve y tangencial⁶⁴, voy a referirme ya a los cuatro fragmentos del *Tractatus...* relativos a aspectos singulares pero fundamentales de la tortura.

5. Primer problema estudiado aquí por Matheu: ¿se puede apelar contra el Auto que contenga la decisión judicial de aplicar la tortura? Por supuesto que sí; Matheu así lo reconoce afirmando que en ello coincide la «communis opinio» de los Doctores y una ley de Partidas que a continuación cita: la P. III, 23,13⁶⁵. Sin embargo, dice Matheu, comúnmente se acepta que la tortura puede ejecutarse no obstante apelación o súplica especialmente en los Tribunales superiores que juzgan en nombre del Príncipe (*ibídem*, núm. 62).

He aquí una contradicción entre, por un lado, la doctrina y una ley vigente en Castilla, y, por otro, la práctica de uno de esos Tribunales superiores, la Sala de Alcaldes; práctica que Matheu describe primero y justifica después. En dicho Tribunal, el Auto que contiene la decisión de dar tormento al reo no se pone de momento por escrito en las actas del proceso, sino que una vez decidido por la Sala infligir tormento, el Alcalde Ponente de la causa en cuestión ordena que el reo sea llevado al «lugar de las conminaciones» (que está, nos informa Matheu, contiguo al «locus torturae»), y allí pronuncia el Auto de tormento, pasándose inmediatamente a la práctica del mismo. El auto en cuestión sólo se escribe en las actas cuando ya se ha dado comienzo a la ejecución del tormento («decretum vero Aulae non scribitur nisi tempore quo executio torturae ferme coepta est», *ibídem*, número 68); sólo entonces adquiere existencia formalmente, y sólo a partir de ese momento puede ser apelado, lo cual equivale a decir que tal Auto de tortura sólo puede ser impugnado de hecho cuando la tortura ya se ha ejecutado.

La justificación de tal conducta forense se infiere, según Matheu a la luz de los siguientes argumentos: a) es cierto que

64. Controversia XVIII, núm. 82; Cont. LII, números 14, 18 y 19; y Cont. LXVIII, núm. 15. Estos y los pasajes comentados por mí en el texto, constituyen todo lo que Matheu dice en el «Tractatus...» acerca de la tortura.

65. «Tractatus...», Controversia II, números 61 a 68.

P. III, 23,13 manda que se admita la apelación contra la tortura; pero no en todo caso, sino sólo cuando se hubiera tomado la decisión contenida en el Auto contra ley, es decir, «a tuerto»; b) ahora bien, en los Tribunales superiores la tortura nunca se decide a la ligera, frívolamente o sin la debida atención, sino que las causas son examinadas rectamente y con gran estudio «per gravissimos viros».

De este modo actuaba la Sala de Alcaldes. Cabría preguntarse cómo era posible saber que el Auto ordenando la aplicación de la tortura no se había ordenado «a tuerto», ya que la apelación es precisamente el medio idóneo para averiguar dentro de la vía procesal su licitud o su nulidad. Pero nótese que Matheu hace entrar en este razonamiento lo que podríamos llamar presunción «iuris et de iure» a favor de la Sala: ésta, por estar compuesta por tan graves varones, por ser un Tribunal superior que habla en nombre del Príncipe, parece estar revestida de poderes extra-normativos. Su conducta se presume justa. Los remedios procesales ordinarios, válidos respecto a otros órganos inferiores de administración de justicia, parecen no rezar respecto a ella.

Y en todo caso, para evitar todo posible resquicio de ir contra el Auto que ordena el tormento, ahí queda el ejemplo de corruptela procedimental confesado por quien fue varios años Alcalde y aun Presidente de dicha Sala: modo de que no sea apelable un Auto (o más exactamente de que no sea apelable con efecto suspensivo) es su ejecución antecedente a la plasmación escrita del mismo en las actas. La argucia era tan inatacable de hecho como contraria a derecho.

6. Segundo problema: ¿quedan purgados los indicios y pruebas incompletas contra el reo si éste soporta la tortura «negativo»? Es ésta, a mi entender, una de las cuestiones básicas (quizá la más importante) en relación con la valoración del resultado (confesión o silencio) de la tortura, y partiendo del hecho de su admisión en un ordenamiento dado.

Ya vimos antes lo que decía al respecto el Derecho valenciano, y cómo Matheu admitía que en Valencia el reo-torturado-negativo debía ser plenamente absuelto. Pero ahora, cuando escribe refiriéndose al Derecho castellano su actitud es radicalmen-

te distinta. Veámosla tal y como la desarrolla en la Controversia XXVI («De tortura illata neganti, et de ejus effectibus»).

Comienza por reconocer que la doctrina dominante es que el reo negativo, en virtud del efecto purgativo de la tortura, debe ser absuelto ⁶⁶. Es muy extensa la lista de doctores a quienes cita en este lugar, incluyendo entre los castellanos (a quienes en éste como en otros casos alude con la expresión «et ex nostribus», olvidándose de su personal naturaleza de valenciano) a Simancas y a Alonso de Villadiego. Y poco después admite que él mismo ha defendido esta tesis al hablar del Derecho de Valencia. Pero Matheu señala al efecto una diferencia fundamental: él, cuando defendió esta opinión, lo hizo basándose en un texto legal vigente dentro del Derecho real de Valencia (en concreto, como vimos el *Fur* 175 de las Cortes de Monzón de 1585), mientras que todos estos autores, incluidos particularmente los castellanos, no citan en su apoyo ninguna ley porque no la tienen, con lo cual, en relación con el Derecho aplicable en Castilla por la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, la cuestión queda abierta a discusión.

Es más; casi a renglón seguido (*ibidem*, núms. 4 y 5) Matheu sorprendentemente afirma que la opinión contraria, esto es, la de que el reo-torturado-negativo sí puede ser condenado, está probada con base en dos textos del Derecho romano, ambos de Ulpiano, el segundo de los cuales es precisamente el mismo que años atrás le sirvió de base para afirmar en el *De regimine...* que la tortura era una prueba «extremadamente peligrosa» («valde periculosa probatio») ⁶⁷. Entonces reprodujo allí el fragmento de Ulpiano en cuestión; ahora, en el *Tractatus...* vamos a ver como utiliza el mismo texto de manera harto distinta.

Pero ¿es realmente el mismo texto? Pues sí, pero sólo hasta cierto punto, ya que en el *Tractatus...* no lo reproduce en la misma medida en que lo transcribió en el *De regimine...*, sino que suprime una frase claramente contraria a la tortura en términos generales; y sobre todo porque aquí, en el *Tractatus...* Matheu

66. «In primis enim communiter recepta est doctrina ex qua Doctores inferunt, indicia, sive probationes extinguit per negationem torturae, ita ut nullius momenti remaneant, et reus veniat absolvendus», *ibidem*, núm. 2.

67. Véase antes mi nota 42.

suprime dos palabras claves del texto de Ulpiano, justamente las mismas que en Valencia y hacia 1650 reprodujo y aun exageró, toda vez que Ulpiano escribió que la tortura («quaestio») «res est fragilis et periculosa», mientras que Matheu, en el *De regimine...* además de copiar estas palabras y ya por su cuenta calificó a la tortura de «valde periculosa probatio»; ahora bien, en el *Tractatus...*, cuando cita el texto de Ulpiano le amputa esas dos palabras «et periculosa», y, desde luego no añade en su comentario nada que aumente el calificativo negativo de Ulpiano. En la Corte y hacia 1670 a Matheu ya no le parece la tortura peligrosa; ni simple, ni extremadamente («valde») peligrosa; o al menos no en el mismo sentido que en Valencia hacia 1650⁶⁸.

Es este un claro ejemplo de utilización y hasta de manipulación intencionada de un texto clásico.

Antes de concluir en términos más claros su propia postura, Matheu va presentando una serie de razonamientos, de hechos y de opiniones a favor de la posibilidad de condenar al reo-torturado-negativo. Los principales son éstos:

a) Que en ocasiones no es posible comprobar si el reo se mantiene negativo; para ilustrar tan dudosa afirmación, refiere

68. En el «Tractatus...», cont. XXVI, núm. 4, Matheu reproduce el citado pasaje de Ulpiano exactamente así: «Quaestioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam constitutionibus declaratur; etenim res est fragilis, et quae veritatem fallit; nam plerique patientia, sive duritia tormentorum, ita tormenta contemunt, ut exprimi ex eis veritas nullo modo possit». Compárese con el reproducido por mí en la nota 42 y podrá advertirse, además de algunas diferencias no significativas que pueden incluso deberse a erratas («nusquam» por «nunquam»; «enim», por «etenim»; «fallat» por «fallit»), la ausencia de «et periculosa», y la mayor extensión con que lo transcribió en el «De regimine...». Para mayor seguridad copio ahora el texto de Ulpiano, tal como aparece en Digesto, 48,18, por la edición cit. antes en mi nota 4:

D. 48,18,1, pfo. 23: «Quaestioni fidem non semper nec tamen nunquam habendam constitutionibus declaratur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat, nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit: alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint: ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminentur».

el caso ocurrido en la Sala de Alcaldes protagonizado por un reo de homicidio, quien ya en el potro y para no confesar, se cortó la lengua con sus propios dientes («Is enim in equuleo positus, ne posset delictum confiteri, propriis dentibus linguam suam secavit», *ibídem*, núm. 6).

b) Que son muchos los autores (a quienes menciona en el número 15), que sostienen que el reo negativo puede ser condenado por el juez a una pena extraordinaria, esto es, distinta y menor que la penal legal ordinaria.

c) Que incluso puede ser el reo condenado a la misma pena legal ordinaria, a pesar de mantenerse negativo en la tortura, siempre y cuando el juez, antes de darle tormento, haya tomado la precaución de hacer protesta expresa de que se le aplica la tortura sin perjuicio de otras pruebas. En tal supuesto, si al margen de la tortura hubiera otras pruebas por las cuales el mismo reo apareciera convicto, se le puede imponer la pena legal ordinaria en la correspondiente sentencia condenatoria (*ibídem*, número 16).

d) Que una ley de las Partidas (P. VII, 1,26) y la opinión de los más encumbrados doctores castellanos, abogan en favor de la posible condena del reo-torturado-negativo. En principio es verdad que P. VII, 1,26 afirma que «...si por su conoscencia nin por las pruebas que fueren aduchas contra él non lo fallare en culpa (*el juez al reo*)... de velo dar por quito». Ahora bien, Matheu entiende que Alfonso X («noster Alphonsus») requería para absolver a un reo que ni de la negación del reo tras habersele aplicado tormento, ni de otras pruebas cualesquiera, se dedujese contra él culpa alguna. Adviértase no obstante, que P. VII, 1,26 no habla expresamente de confesión («conoscencia») pronunciada por causa de la tortura. Matheu cita a varios autores castellanos a quienes adscribe en este punto a su misma línea interpretativa, entre ellos a Covarrubias (a quien califica aquí de Bartolo Hispano), a Gregorio López (de quien afirma que no fue inferior a Accursio) y a Antonio Gómez («purissimae doctrinae criminalis Coryphaeum») (*ibídem*, núm. 17).

Hay, pues, así (y Matheu las resume en los números 18 y 19) dos opiniones contrapuestas, habida cuenta de que en Castilla no hay ningún texto legal análogo (o contrario) al citado

Fur valenciano, que resolviera en un sentido u otro la duda. Por una parte, la afirmación doctrinal de que de todos modos el reo negativo en el tormento purga los indicios y las pruebas incompletas que contra él hubiera, y debe ser por tanto absuelto. Por otro lado, la tesis de que no obstante puede ser condenado según arbitrio judicial a pena extraordinaria; y la opinión dentro de esta línea de que si además hay otras pruebas contra el reo, éste puede ser condenado incluso a la pena legal ordinaria. Matheu afirma que entre los doctores castellanos (literalmente dice «patrios») es dominante la que podemos llamar línea segunda o admisible de la condena. Y lo cierto es, que la práctica de torturar, previa declaración o protesta de que el resultado negativo del tormento no perjudica a otras pruebas, la he visto efectivamente referida por otros autores castellanos, entre ellos por Gerónimo Fernández de Herrera y Villarroel, quien publica en Madrid y en 1671 la primera edición de su *Práctica criminal*, titulándose a sí mismo «Escribano de Cámara en la Sala de Señores Alcaldes desta Corte», es decir, en la misma en que justamente por aquellos años era Alcalde Matheu ⁶⁹.

Muy dentro de su línea metódica casuística, Matheu concluye por su parte el tratamiento de este problema afirmando que hay que distinguir cinco casos al respecto, esto es, cinco distintos supuestos en los que un reo torturado y no confeso debe ser condenado a una u otra clase de pena, o, por el contrario, debe ser absuelto.

El primer caso se da cuando un reo acusado de varios delitos es condenado a tortura e interrogado en ella acerca de un solo de ellos no plenamente probado, manteniéndose negativo en la práctica del tormento; se pregunta Matheu si puede ser condenado por causa de otros delitos que sí estén plenamente probados contra él y sobre los cuales no se le haya interrogado durante la tortura. Su respuesta es contundentemente afirmativa, y es lógico que lo sea, puesto que en realidad se trataría en tal supuesto de dos delitos independientes, probados también con independencia; en su favor cita Matheu demasiado prolijamente

69. De esta obra manejo la edición de Madrid, 1719, en la cual constan la aprobación real y la licencia eclesiástica de la primera edición, fechadas en Madrid, 8 de junio de 1671.

a varios autores (números 20 a 23), entre ellos a Antonio Gómez, del cual reproduce el argumento de que «utile per inutile non vitiatur», es decir, que aún siendo inútil la tortura en función de uno de los delitos, no por ello vicia o anula el valor probatorio de otras pruebas en relación con otro u otros delitos.

El segundo caso es el del reo interrogado en tortura por un único delito, previa protesta judicial de que la tortura no perjudique otras posibles pruebas; si este reo guarda silencio absoluto durante el tormento, pero después de practicado éste sobrevienen contra él nuevas pruebas ¿qué puede y debe hacerse? (*ibidem*, número 24 y los siguientes hasta el 27). En tal supuesto, Matheu opina que el reo debe ser condenado incluso a la pena legal ordinaria, ya que el posible efecto purgativo de la tortura sufrida en silencio afectaría acaso a los indicios o pruebas incompletas practicadas y acumulados antes de la aplicación del tormento, pero en modo alguno a las sobrevenidas con posterioridad. Tanto como ejemplo afirmativo de esta conducta o solución, como en relación con el primer caso, Matheu cita sendas decisiones de la Sala, ratificadas posteriormente por el Consejo

El tercer caso sería el del reo convicto y confeso y condenado a pena capital, a quien se le da también tortura para que confiese acerca de sus cómplices (*ibidem*, núm. 28), práctica que está admitida en Cataluña y en la misma Valencia, como el propio Matheu indica aquí y trató en el *De regimine...* más por extenso, según ya vimos («tortura tamquam cadaver»). Aunque según nuestro autor tal forma de tortura sí se aplicaba en algunos altos Tribunales castellanos (tales como la Chancillería de Valladolid y el Consejo de Indias) no se practicaba en la Sala de Alcaldes, si bien Matheu confiesa que a él, al menos en ciertas ocasiones sí le parece necesaria y muy oportuna la aplicación de esta tortura «tamquam cadaver». Recuérdese que en ella y por estar ya condenado el reo, el posible silencio de éste no le beneficia en ningún caso, y debía ser ejecutado tras la práctica del tormento, aunque en él se hubiera mantenido negativo.

El cuarto caso que contempla Matheu se puede plantear así: ¿puede aplicarse la tortura al reo ya convicto para que además, si confiesa en el tormento, no se le tenga que admitir ni oír su posible apelación, pudiendo ser sin más condenado y en su caso

ejecutado? Repárese que en tal supuesto aunque el reo convicto-torturado no confiese, subsistirán contra él las otras pruebas previas, en virtud de las cuales deberá ser en todo caso condenado. Matheu cita a varios autores de la talla de Julio Claro, Farinacio, Gregorio López y Antonio Gómez para los cuales no es lícito dar tortura al reo ya convicto con esa finalidad de evitar la apelación con base en su posible confesión, si bien por su parte admite que en casos enormísimos y cuando la opinión pública exige rapidez en la ejecución, puede ser no sólo lícito, sino incluso debido actuar así; y si entonces la tortura se aplica con la protesta judicial de «sin perjuicio de otras pruebas», podrá el reo ser condenado, pese a su posible silencio, hasta a la pena legal ordinaria. Sin embargo, Matheu mitiga tan durísima postura al afirmar que la Sala de Alcaldes nunca ha actuado así, y que él mismo cree que en tales supuestos es más equitativo no condenar al reo a la pena de muerte, sino a otra más leve, tal como la de galeras (*ibidem*, números 31 a 35).

Quinto y último caso; cuando el reo torturado lo es sólo bajo la existencia de simples indicios, que son suficientes para justificar la tortura pero que no constituyen pruebas tales como para considerarlo «*reus plene convictus*»; si en tal situación permanece negativo, es cuando, a juicio de Matheu, tiene posible aplicación la doctrina del efecto purgativo incompleto de la tortura, esto es, la opinión de que el reo debe ser condenado pero a pena extraordinaria y menor que la legal ordinaria (citando aquí a su favor a todos los autores antes mencionados en el número 15); e incluso si este reo indiciado y negativo ha sido torturado plenamente («*plene tortus*»), cabe el declararlo absuelto, práctica que según Matheu observa cotidianamente la Sala («*quam praxim Aula nostra quotidie observat, ita ut infinitae decisiones tradi possint*»^{70, 71}).

Como se ve, la postura del escritor y Alcalde de Corte es

70. Sobre este punto, en términos más generales, cfr. mi trabajo «La última etapa...», págs. 21 a 23.

71. En otro pasaje del «*Tractatus...*», concretamente en la Cont. III, número 61, cita un caso del año 1606 en el que él intervino, y en el cual la Sala condenó al reo-indiciado-torturado-negativo, a pena extraordinaria, «*quod quaestio in negante purgat indicia et minuit poenam*».

sutil, hábil y dura. Pero dejemos para más adelante el comentario global crítico, y pasemos a exponer el siguiente punto estudiado por Matheu.

7. Tercer problema: ¿cuál es la relación entre tortura, perdón de la parte y pena corporal? Existía una ley de Partidas (P. VII, 1,22) según la cual si entre acusador y acusado se concertaba antes de la sentencia un pacto («avenencia» dice la ley, «transacción» solía escribir la doctrina castellana) por el cual el acusador, mediante la percepción de un precio en dinero, perdonaba al acusado, a éste no se le podía imponer en la sentencia condenatoria pena corporal ⁷². Ahora bien, como existía un principio doctrinalmente admitido que afirmaba que la tortura no podía imponerse en relación con delitos castigados con pena leve, esto es, con pena menor que las «corporis afflictivae» (pues de lo contrario sería mayor el sufrimiento infligido al torturado que el aplicado al condenado), parecía lógico inferir de todo ello que cuando en un proceso mediaba perdón entre acusador y acusado, éste ya no podía ser torturado.

Matheu se plantea este problema en relación con un caso del año 1659 en el que fue torturado el reo-perdonado ⁷³. Los defensores de éste alegaron que puesto que había perdón de la parte ofendida y ya no podía el reo ser condenado a pena «corporis afflictiva», no debió ser torturado, y por tanto fue «injuste tortus», por lo cual, siendo nula la tortura, carecía de valor la confesión en ella arrancada al reo, y por consiguiente no había base probatoria para condenarlo, debiendo por el contrario ser absuelto.

Pero la Sala lo condenó. Y Matheu también aquí pasa en el desarrollo de la «Controversia» a defender la decisión de la Sala con argumentos que a mi entender tiene más de sutiles que de convincentes. Veámoslos:

a) Aunque se admitiese que la tortura fue nula, el resto del

72. Cfr. mi trabajo «El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)», en este ANUARIO, XXXI (1961), páginas 55 a 114.

73. «Tractatus...», Cont. XXVIII, especialmente los números 24 y siguientes hasta el final.

proceso no por ello lo sería; ahora bien, antes de la tortura obraban ya contra el reo indicios suficientes para condenarlo a pena extraordinaria («... ratione eorum poena extraordinaria plecti poterat», *ibidem*, núm. 29).

b) Tales indicios no quedaron purgados por el reo-torturado, pues para ello es requisito previo su silencio, mientras que en dicho caso el reo confesó en la tortura; y también se requiere para que pueda tener efecto purgativo de indicios la tortura, que ésta haya sido plena, completa, siendo así que en el caso en cuestión el reo confesó al principio de la ejecución del tormento, por lo que apenas puede decirse que fuese torturado a efectos del posible resultado purgativo de la tortura («levis enim tortura non dicitur tortura ad hunc effectum», *ibidem*, núm. 30). Note el lector que en realidad estos dos argumentos son inútiles para el caso debatido, ya que lo que se discutía no era el efecto purgativo de la tortura, sino su nulidad.

c) Para que la transacción surtiera efecto era necesario que el crimen se hubiese cometido «absque qualitate insidiarum», pues de no ser así, el perdón no evitaba la imposición de pena corporal. Este argumento de Matheu me parece válido en cuanto que ciertamente era admitido por la doctrina entonces dominante, siempre que por «insidiae» no se entienda en el presente contexto el simple actuar engañosa o dolosamente, sino algo más grave y cercano a la alevosía; esto era lo que según los autores —pues P. VII, 1,22, nada decía al respecto— podía evitar el efecto principal del perdón por precio⁷⁴. Lo que no parece nada claro es que tales asechanzas, alevosía o insidias se diesen en el caso debatido. En efecto; Matheu se limita a afirmar (*ibidem*, número 32) que «prudenter praesumi poterat non casu, sed dolo et insidioso homicidium patratum fuisse», y de esa «prudente presunción» deduce que el hecho delictivo en cuestión era de los que no admitían perdón liberatorio de pena corporal, por lo cual y «sensu contrario» sí admitía la imposición de la tortura. Pero, no lo olvidemos, no indica que tales hechos insidiosos estuviesen probados, sino que según Matheu podían presumirse prudentemente.

74. Cfr. mi trabajo cit. en nota 72, págs. 86-87.

d) Pero inmediatamente después el mismo Matheu (*ibídem*, número 34) se contradice al afirmar que aunque fue justamente torturado por las razones ya dichas, ya que es justo torturar al reo en relación y acerca de las circunstancias agravantes («super qualitate aggravante»), no obstante, como quiera que de la confesión subsiguiente a la tortura se desprendió que el reo golpeó a la víctima más bien casual que dolosamente, aunque sin causa legítima para ello, no constando manifiestamente otra cosa en las actas judiciales, y como quiera que la sospecha de las insidias era levísima, el reo fue condenado (en opinión de Matheu con toda razón) por la Sala de Alcaldes a la pena arbitraria de cuatro años de galeras ⁷⁵.

He aquí, pues, según su propia declaración, que la tortura se aplicó cuando sólo había una levísima sospecha de insidias, con lo cual contradice sus palabras antecedentes respecto a la «prudente presunción» de la existencia de tales insidias; y recuérdese que en virtud de tal «prudente presunción» fundaba el carácter inválido del perdón y la validez de la tortura. A través de su argumentación contradictoria en relación con el caso concreto, quiero señalar algo más importante: su fácil admisión de la justificación de la tortura, su proclividad a defender el uso de la misma.

8. Cuarto problema: ¿puede aplicarse la tortura en casos de delitos bastante graves sólo con base en la información sumaria y sin comunicar al reo los indicios por los cuales se le da tormento? Este es el tema más extensamente tratado por Matheu en relación con la tortura, ya que le dedica toda la Controversia XXV que consta de noventa y seis números. A lo largo de ella polemiza, defendiendo la respuesta afirmativa a dicho interrogante, con el jurista Gabriel de Pareja. No es posible reproducir aquí toda la disputa, ya que para ello sería necesario examinar directamente los textos de Pareja y aún los de otros varios juristas castellanos también citados por Matheu, y tan

75. El párrafo que acabo de resumir es del número 34 y dice así: «Sed quia per confessionem ipsam torturam subsequenter deprehendebatur casu magis, quam dolo percussisse, licet absque causa legitima, et ex actis aliud liquide non apparebat, cum suspicio insidiarum levissima esset, poena extraordinaria fuit punitus...».

prolija exposición excedería de los límites de este trabajo. Sólo reproduciré las conclusiones y tesis más importantes de Matheu, aunque en un punto concreto de su argumentación nos detendremos algo más que en los restantes.

Reconoce Matheu que normalmente no se debe proceder a la aplicación de la tortura sino después de haber oído plenariamente al reo, tras haberle dado conocimiento de los indicios que contra él existan, y estando ya la causa definitiva y legítimamente instruida y concluida (*ibídem*, núm. 2). Pero este principio general no tiene aplicación (ésta es su tesis central) cuando se han cometido crímenes de notable gravedad cuya indagación persigue alguno de los Tribunales superiores, pues entonces está comúnmente admitida por tales Tribunales la imposición de la tortura «ex summaria informatione». Esto, dice Matheu, no significa que se imponga la tortura sin que existan indicios contra el torturado; pues aunque algunos autores opinan que por delitos enormísimos sería lícito actuar así, ni él (Matheu) ni la Sala de Alcaldes lo aceptan, sino que proceden en causas por delitos de notable gravedad («in criminibus gravioribus») a aplicar la tortura siempre con base en indicios de culpabilidad, si bien éstos no se comunican al reo y están basados en las indagaciones siempre incompletas y provisionales de la información sumaria.

Es evidente que este modo de proceder reducía al mínimo la posible defensa del reo, al mismo tiempo que ampliaba enormemente la base suficiente para decretar la imposición de la tortura; podía bastar para ello, por ejemplo, con el testimonio de un sólo testigo, cuya declaración ni siquiera se hubiese sometido a la ratificación posterior, típica de la práctica de la prueba testifical en el proceso penal de entonces. A Matheu no se le ocultan estas consideraciones; él mismo aborda el problema de que este modo de imponer la tortura disminuye de forma notoria la posible defensa del reo, pero a tal reflexión arguye en primer término diciendo que tal tipo de tortura, por estar incluida en la fase sumaria, es extrajudicial, y contra él, por la propia naturaleza de tal fase procesal, sólo cabe presentar medios de defensa incompletos.

Además —sigue razonando Matheu— es indudable que el Príncipe, mediante justa causa, puede dispensar acerca del modo,

circunstancias y forma de la defensa, bien para disminuirla, bien para limitarla en un momento procesal dado, con lo cual no interviene en el campo del Derecho Natural (que impone el principio de la necesidad de admitir la defensa del acusado), sino que se mantiene dentro de los límites del Derecho civil, ya que el Derecho natural, al implantar aquél principio, no establece los modos concretos a través de los cuales debe ser oído el reo. A estos efectos de limitar la defensa, es justa causa el tratar de conservar la paz entre los súbditos, la cual se establece precisamente mediante la rápida punición de los delitos atroces («... nam mediante punitione celeriter obtenta delictorum atrociorum, pax inter subditos stabilitur»). Por todas estas razones, concluye Matheu, es lícito que en delitos bastante graves se aplique la tortura en las condiciones dichas, ya que aunque la tortura proporciona un daño no leve a quien la padece y va por ello contra la «utilidad privada», como quiera que la «utilidad pública» tiene interés en que tales delitos notablemente graves no permanezcan impunes, debe prevalecer ésta por encima de aquélla y proceder del modo más conveniente para la «utilidad pública»⁷⁶.

¿Qué decía al respecto el Derecho (Partidas más leyes reales) vigente en Castilla? Al parecer, Gabriel de Pareja había citado a su favor (y por tanto en contra de la admisión de la tortura «ex summaria informatione») dos leyes, una de las Partidas (P. III, 17,11). y otra recopilada (NR. II, 6,6) que no es otra, nada menos, que la ya citada Ley 42 del Ordenamiento de los Reyes Católicos dado en las Cortes de Toledo de 1480, reguladora del modo de proceder de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte. En ella, según Pareja, no se admite este modo de aplicar la tortura. El argumento básico de Matheu contra Pareja era que tales preceptos regulaban expresamente la fase plenaria del proceso penal, pero que nada decían ni menos aún, prohibían acerca de la aplicación de la tortura antes de llegar al juicio plenario. Su comentario es muy extenso (abarca desde el número 59 al 84 de esta Controversia XXV) y en él termina afirmando que su interpretación admitiendo la tortura con la sola base de la información

76. Cfr. op. y loc. cit. núm. 52: «Et cum ratio publicae utilitatis consistens in eo, quod similia delicta non remaneant impunita, semper praevallet privatae utilitati...».

sumaria, coincide con la práctica de la Sala de Alcaldes y con la de las Chancillerías reales. Conviene reproducir literalmente sus palabras: «Et haec est vera intelligentia dicta 2. 6, juxta consuetudinem Aulae, et observatiam Regiarum Cancellariarum, *quae est optima legum interpres*» (*ibídem*, núm. 84). Nótese que con esta frase subrayada por mí se da entrada a un argumento «ex auctoritate» referido a la jurisprudencia de los más altos Tribunales, dándole el valor de verdadera y casi auténtica (por actuar en nombre del rey) interpretación de las leyes, lo cual enlaza, como seguiremos viendo, con el tono y el trasfondo del resto de su argumentación.

Habida cuenta, pues, de todo lo expuesto, y de que no existía en Castilla precepto legal expreso que mandara dar al reo en la fase sumaria conocimiento de los indicios por los que se le tortura, Matheu pasa a calibrar el valor al respecto de la práctica o estilo judicial⁷⁷. Según él, si apareciera como uso general y estilo del orbe cristiano que los jueces o Tribunales superiores utilizan en casos de crímenes bastante graves la prerrogativa de imponer la tortura sin más fundamento que los indicios resultantes de la información sumaria, y sin comunicárselos al reo, habría que reconocer que nos hallábamos ante un «jus non scriptum», aunque no encontráramos ley que expresamente lo amparase (*ibídem*, núm. 19).

Ahora bien, de hecho resulta que esa es la costumbre de la Sala en la que él mismo ha participado en varios casos sentenciados en 1662, 1664, 1665 y 1667; y también la de las Chancillerías de Valladolid y Granada; observancia además ratificada y confirmada en diversas ocasiones por el propio Consejo Real. Sobre esta situación de hecho, Matheu añade dos consideraciones del máximo interés.

La primera de ellas consiste en afirmar que el Consejo Real, como quiera que es la ley viva y el oráculo y voz del mismo Príncipe, goza de la preeminencia de que lo que él resuelve ob-

77. En la exposición del pensamiento de Matheu procuro, como es obligado, seguirlo con la mayor fidelidad posible; lo único que no respeto, por razones de claridad y, en definitiva, de concisión, es el orden de su discurso; así, esta idea que ahora enlazo en la exposición, la desarrolla él antes de lo ya resumido por mí, exactamente en el número 18 y siguientes.

tiene firmeza de ley («... quod quidem Consilium cum sit viva lex, atque ipsus Principis vox et oraculum, haec praeminentia utitur, ut quod decreverit, legis firmitatem obtineat», *ibidem*, núm. 23).

La segunda es una alusión y defensa del principio doctrinalmente admitido según el cual los jueces y Tribunales, cuando actúan por delitos notablemente graves pueden transgredir las leyes no sólo en cuanto a la imposición de la pena, sino también en cuanto al modo ordinario de proceder («Quod de jure hoc ipsum procedat, pariter dubitatum non est, nam in criminibus exceptis, atque gravioribus jus ipsum constitutum habet, quod leges transgrediantur, non solum quoad impositionem poenae, verum etiam quoad modum procedendi vulgarem», *ibidem*, número 26).

Detengámonos un poco en este principio del Derecho común.

En alguna de sus más generalizadas formulaciones rezaba así: «In atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici jura transgredi»⁷⁸. Parece ser que Baldo lo difundió, aunque no lo puso él en circulación. Antonio Gómez lo acoge con estas palabras: «... quia propter immanitatem criminis licitum est leges transgredi»⁷⁹. Bajo estas enunciaciones se deja sin concretar hasta dónde se puede llegar en la transgresión al Derecho, y no se acota tal facultad a los jueces superiores, sino que se habla más genéricamente del juez o se alude tácitamente a ellos. El autor castellano que más extensión dedica a este principio es quizá Castillo de Bobadilla; a él se remite directamente Matheu, ya que todos los demás autores citados en este punto por don Lorenzo lo son a través de Bobadilla; éste escribió:

«... y también por una doctrina de Inocencio comúnmente recibida, que en los casos muy atroces lo permite (*el traspasar el orden, penas y rigor de las leyes*) y aún sin hazer proceso y sin que por tal transgresión pueda el juez ser residenciado, según Baldo y otros; pero ante todas cosas aquellas se debe entender

78. De este modo lo transcribe, por ejemplo, Gaetano FILANGIERI, «La Scienza della legislazione», Filadelfia, t. II, 1799, pág. 323; no hace falta decir que este autor lo trae a colación de su discurso con finalidad crítica y como ejemplo de principio contrario a razón.

79. Antonio GÓMEZ, «Variae resolutiones juris civilis, communis et regiomis tribus distinctae», t. III, Madrid, 1780, cap. V, núm. 7, pág. 173.

quanto al sentenciar la causa, y no quanto a sustanciar y justificar el proceso, que en esto, aunque el delito sea enorme, no se puede exceder ni pretermitir el devido orden, ni dexar de admitir las lexitimas defensas so pena capital; porque hasta la sentencia no se sabe si el acusado es verdaderamente culpado o no, y assi, es necessario que procedan indicios legítimos al tormento, y que se dé traslado dellos y se guarden las demás solenidades del juyzio y del Derecho; aunque Julio Claro dize que en Milan, se guardava lo contrario en los delitos atrozes, permitiéndose passar las leyes en el dar tormentos, por el proceso informativo (según lo practicamos en algunos casos graves, como en otro capítulo se dirá), y en lo demás que toca al modo de proceder, y también en el sentenciar; y sepa el Juez, que la presunción que la ley haze en su favor, de que hizo Justicia, y el dever, cessa en caso que no observó el modo y orden devido en el proceder»⁸⁰.

Aunque podría pensarse por los primeros párrafos del texto transcrito, que Castillo de Bobadilla defendía una interpretación restrictiva de este principio, las frases posteriores a su cita de Julio Claro vienen a dar la razón a Matheu, en cuanto a la posibilidad de que esa transgresión autorizada por el comentado principio doctrinal, se extendiera también al aspecto procesal, y, por consiguiente quedara amparada en ella la práctica de dar tormento con la única base del «proceso informativo», y sin atenerse a las normas usuales.

No quiero alargar más este comentario; sólo me proponía demostrar que el principio aludido por Matheu estaba generalmente aceptado por los autores, que su contenido y límites quedaban frecuentemente sin determinar, y que dentro de esa vaguedad propicia a las más diversas interpretaciones, Matheu eligió la más amplia, utilizándola para defender, una vez más, la práctica de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte.

La verdad es que estas dos tesis de Matheu que acabamos de destacar y comentar hacen inútiles otras consideraciones argumentativas. Nótese cómo en ellas se encarna lo que podríamos denominar absolutismo judicial. Los jueces, pero sobre todo los tribunales superiores que actúan en nombre directo del rey y sin

80. CASTILLO DE BOBADILLA, «Política para Corregidores y señores de vasallos», I y II, Amberes, 1750, t. I, Libro II, cap. XXI, núm. 137, pág. 683 de dicha edición.

posible apelación a instancia superior contra sus actuaciones, sustituyen de hecho a la persona del monarca en la función creadora del Derecho por la vía judicial. Toda la problemática del arbitrio judicial, como modo de interpretar e incluso de transgredir arbitrariamente el derecho legal, adquiere aquí la expresión más radical que conozco ⁸¹. No es necesario subrayar cómo principios de esa índole reducían a poco más que nada la seguridad jurídica; con tan amplia libertad de actuación judicial resultaba casi imposible saber qué era derecho y con arreglo a qué normas iban a actuar los jueces y tribunales.

9. Hasta aquí mi análisis de los textos de Matheu. Procedamos ahora a un comentario general.

En primer lugar resalta la veracidad de una afirmación sostenida también por el propio Matheu: «Tortura materia arbitraria est, et sic nulla certa regula definiri potest» ⁸². Es decir, que por estar poco regulada legalmente (como recordaba yo al principio de estas páginas) era necesario resolver muchos problemas concretos de su aplicación según el arbitrio de buenos, prudentes y eficaces jueces, guiándose éstos más que por la ley por la doctrina como único norte.

Pero esa regulación legal incompleta de la tortura no lo era menos en el Derecho valenciano que en el de Castilla, sino más bien al contrario. Y sin embargo es evidente que Matheu trata sobre la tortura más extensa y más duramente en su cortesano *Tractatus...* que en su valenciano *De regimine ...* ¿A qué se debe esto?

Es verdad que en Valencia el *Fur* 175 de las Cortes de Monzón de 1585, junto con las demás normas legales también citadas, beneficiaba al reo torturado, y que tales normas no aparecen en el Derecho real de Castilla ni en Partidas. Pero también es cierto que la doctrina y sobre todo el uso o estilo judicial de los más altos Tribunales castellanos pudieron llenar tal vacío en el mismo sentido de lo dispuesto en el *Fur* 175, esto es, a favor del reo, valiéndose para ello precisamente del amplísimo

81. Sobre este problema del arbitrio judicial puede verse, en términos más generales, mi libro «El Derecho Penal...», págs. 374 y sigs.

82. «Tractatus...», Contro. XXVI, núm. 1.

arbitrio judicial. Y no obstante, lo cierto es lo contrario, a saber, que Matheu, y a través de él la práctica de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte nos muestran en Castilla una interpretación de la tortura amplia, arbitraria, y odiosa para el reo.

El mismo Matheu, que en Valencia y hacia 1650 escribe sobre la tortura con moderado criterio, acentúa su dureza en Madrid alrededor de 1675. ¿Hay que atribuir este hecho a una evolución del pensamiento de Matheu? Tal vez, pero sólo en parte. En cualquier caso un endurecimiento personal del citado jurista significaría poco, necesitaría ser explicado en función de sus circunstancias biográficas y, en definitiva, carecería de interés general. Como quiera que tales explicaciones subjetivas no nos constan, creo más bien que la diferencia entre el *De regimine...* y el *Tractatus...* tiene su raíz en un hecho más impersonal: la distancia de Valencia a Madrid; por supuesto no la distancia geográfica, sino la distancia política.

En un pasaje importante de su discusión con Pareja, quien esgrimía a su favor la práctica del Tribunal del Virrey de Nápoles, Matheu le replica que tal referencia carecía de valor, porque la del Virreinato es una Sala o Tribunal de rango inferior a la de los Alcaldes de Casa y Corte, la cual goza de mayores prerrogativas y preeminencias que aquélla, ya que en fin de cuentas entre ambas existe la misma distancia que entre el rey y el virrey. La Sala, recuerda Matheu, es un Tribunal supremo en materia criminal, un Tribunal que no tiene igual en toda la Monarquía, de cuyas decisiones no se admite apelación ni suplicación ante ningún otro y que goza del privilegio de poder consultar cara a cara con el rey las sentencias capitales («...Aula nostra facie ad faciem sententias capitales Principi consultat») ⁸³. La comparación entre la Sala de Alcaldes y la Audiencia de Nápoles es válida en iguales términos para la de Valencia. El pertenecer a la Sala y no ya a la Audiencia es lo que a mi entender cambia el talante y el contenido del pensamiento de Matheu.

Por supuesto no se trata en ningún caso de insinuar siquiera una jerarquía de tipo jurisdiccional entre los órganos judiciales mencionados, lo cual es impensable por razones obvias. Se

83. «Tractatus...», Contro. XXV, núms. 89 a 91.

trata más bien de una jerarquía política, en el sentido de que el actuar en la Casa y Corte del rey, junto a él, cara a cara con él y en su nombre, hace que la Sala de Alcaldes participe en mayor medida que los demás jueces y Tribunales de la Monarquía de eso que antes calificué de absolutismo judicial.

O dicho desde otro enfoque: los jueces penales, pero muy destacadamente los Tribunales superiores, en vez de actuar siempre como los más celosos guardianes de la legalidad (y tanto más celosos cuanto más elevado fuese su rango) actuaban en ciertos casos (justamente los más graves) desligados hasta cierto punto de ella (y tanto más desligados cuanto mayor fuese su cercanía al rey). La razón última de este fenómeno que yo juzgo de la mayor importancia teórica y práctica radica en el carácter absoluto del poder real, más concretamente, en la no división de poderes.

En efecto; en el acto jurídico por el cual un Tribunal (cuanto más importante, mejor a estos efectos) pronuncia una sentencia penal, se ve no sólo un acto judicial en sentido estricto, esto es, una aplicación singular y procesal de la norma o normas previas y generales, como será la tendencia dominante a partir de la Ilustración, sino que simultáneamente se ve también en dicha actuación un acto de gobierno, en función del cual penetran en el acto judicial una serie de consideraciones que van más allá de la simple y singular justicia del caso procesalmente tratado y resuelto.

Para ilustrar mejor lo que quiero decir, y para expresarlo con palabras no más, sino, una vez más, del propio Matheu y Sanz permítaseme que reproduzca aquí un extenso fragmento suyo, con el que termina precisamente la famosa Controversia XXV:

«Por último, no puede reputarse todo esto como odioso para nuestra Corte, como creía Pareja, puesto que si amamos la vida tranquila, siempre habremos de considerar favorable a ella todo lo que proceda de los Príncipes y de sus Magistrados encaminado al recto gobierno de la República. Y comoquiera que a la Corte afluyen hombres de todos los reinos de la Monarquía, como ríos al mar, la mayor parte de los cuales suelen ser los desechos de su Patria, es necesario tomar precauciones con medidas especiales para que la Corte se vea limpia de aquellos

malos hombres; lo cual no puede lograrse sino por el miedo a la pena y por el horror al rapidísimo castigo. Esto no puede conseguirse sin la severidad de las leyes, gracias a la cual, aunque mientras haya hombres se cometerán delitos, no tendremos que lamentarnos de las exquisitas crueldades que según hemos oído es fama de otras Cortes. Pues ¿quién no ha oído hablar de la frecuencia y atrocidad de la delincuencia en París? ¿Qué tratado de Derecho Penal procedente de aquellos lugares no clama contra las enormidades cometidas en Nápoles, Palermo y otras ricas ciudades? ¿Quién no se asombra de las sanguinarias facciones existentes en otras provincias? Pues bien, todas estas cosas han sido casi exterminadas en nuestra Corte por medio de la severidad de las leyes, por las cuales crímenes relativamente leves cometidos en ella, se castigan, como es razonable, con toda dureza, según manda la NR. VIII, 23,1 y otras leyes más. Así, la rígida imposición de la pena de azotes a los plebeyos que resistan a los ministros de la Corte, según la ley final del título 23 del libro octavo de la Recopilación, trae como resultado que se conserven en obediencia y reverencia muchos miles de hombres; del mismo modo, la rápida imposición de la pena de azotes a quienes se escapan de la cárcel, habiendo intentado la ejecución aunque no consumen su intento, reduce a todos a la obediencia de uno; y así también la imposición de la tortura con base a la instrucción sumaria, en sólo tres o cuatro casos de delitos muy atroces ha evitado durante diez años muchas atrocidades. Pues de este modo, una enorme multitud de gentes han sido controladas por seis u ocho Magistrados. Que no se les ocurra a los Prudentes, pervertir con su celo indiscreto las tradiciones de sus mayores, ya que en estos asuntos que se refieren al gobierno, cualquier cambio comporta por todos los lados peligros, como lo enseñan todos los autores de la doctrina civil, de lo cual, Dios mediante, hablaré en otro lugar»⁸⁴.

84. «Tractatus...», Contro. XXV, números 94 y 95: «Et tandem, neque id odiosum respectu nostrae Curiae reputari potest, ut credit Pareja d. num. 54, quia si tranquillitatem vivendi amamus, semper favorabile reputabimus quidquid a Principibus, et eorum Magistratibus praecordinabitur ad rectum reipublicae regimen; et cum ad Curiam ex universis Monarchiae Regnis tanquam rivuli ad mare, homines profluant, quorum plures purgamenta suae Patriae cesse solent, necessario providentia speciali curandum est, ut malis hominibus curia purgata reperiat; quod obtineri non potest nisi formidine poenae, vel punitiois celerrimae horrore. Id consequi non valet absque legum severitate, qua mediante, licet donec homines sint, delicta patrentur, non lugemus exquisitas immanitates, quas fama de aliis Curiis ad nostras aures

El texto en mi opinión no necesita comentarios. La aplicación de la tortura y el empleo de otros mecanismos penales y procesales aparecen desvelados aquí, como yo mismo he sostenido en otro lugar,⁸⁵ como piezas de un sistema penal tendente a conseguir (por encima incluso de consideraciones más vinculadas a la idea de justicia) una represión eficaz. Por eso cuanto más alto es el Tribunal que juzga, y cuanto más cercano al rey está el lugar del delito, más vivamente se siente la necesidad de proteger la «tranquillitas vivendi» por medio de la severidad de las leyes. De las leyes o, en su defecto, de la práctica judicial.

FRANCISCO TOMÁS VALIENTE

adducit. Quid de frequentia et atrocitate delinquendi Lutetiae Parisiorum non audimus? Quid de enormitatibus Neapolis, Panormi, et in aliis opulentis civitatibus tractatus rerum criminalium earum partium non clamant? Quid de sanguinolentis factionibus aliarum provinciarum non admiramur? Ea omnia fere a nostra Curia exterminata sunt, mediante severitate legum, quibus in ea leviora crimina acrius, rationabiliter tamen puniuntur, ut in l. 1 tit. 23 lib. 8 recopil. et in aliis. Rigide enim fustigationis executio in plebeios ministris curiae resistentes, juxta l. fin. tit. 22 eod. lib. 8, totmillia hominum in obsequio et reverentia continet; celeris verberatio in effractores carceris, etiamsi non perfecerit, executioni deducta, omnes ad obedientiam unius adstringit, impositio torturae ex summaria in tribus, aut quatuor criminibus atrocissimis plurimas atrocitates per decennium vitavit. Hoc enim modo innumeram gentium multitudinem sex, aut octo Magistratus moderantur Absit igitur a Prudentibus zelus indiscretus pervertendi traditiones majorum: quia quaelibet immutatio in his quae ad regimen pertinet, periculis undique agitatur, ut omnes civiles doctrinae authores tradunt, de quo alibi, Deo dante, dicemus».

85. Cfr. mi libro «El Derecho Penal...», *passim*.