

## LA CONFESION Y LA TORTURA EN LA HISTORIA DE LA IGLESIA

Todos los hechos exigen una explicación y dar la última es el cometido del trabajo científico.

¿Qué decir de la explicación última de la tortura?

La relación de los términos del título nos ponen ante una serie de dificultades no pequeñas en el trabajo presente.

Efectivamente, la confesión como el resultado obtenido por un medio como es la tortura, son dos realidades que se pierden en el tiempo y en la complejidad de los factores político-sociales que condicionan y definen la historia.

No se trata simplemente de desenterrar ruinas de un edificio ya desaparecido, algo que ya por sí mismo tendría interés, como lo tiene siempre el hallazgo de lo desconocido.

Se trata, además de un estudio histórico, de valorar los hechos en su dimensión de causalidad.

No podemos contentarnos con detectar los hechos, y, sin más hacer responsables de ellos a unos hombres sin atender las razones que los han determinado.

Y esto que vale para el mérito de los protagonistas de aciertos —ello contribuiría a justipreciar las cosas— se ha de tener en cuenta mucho más, cuando se trata de enjuiciar a hombres, actores de “no aciertos”, aun sencillamente por su condición de reos ante nuestra “crítica histórica”.

Pretender que un instituto que hunde sus raíces en el comienzo de la historia, como lo es la tortura, y que se continúa hasta casi nuestros días, con la serie de evidentes injusticias de que es portador, sea fruto de mentes degeneradas o infantiles, arguye realmente infantilismo para quienes así piensan.

Se impone por lo mismo un estudio a la vez que histórico, crítico valorativo de esos mismos hechos históricos.

Sólo así juzgaremos con equidad a unos hombres, ni mejores ni peores que nosotros, ni mejor ni peor dotados intelectualmente que nosotros en un punto tan oscuro como el empleo de la tortura como medio de hacer confesar. El hecho de que hasta no hace muchos años, fuera admitida y reconocida, no quiere decir que esto sucediese de una manera universal y pacífica, y aun para los que la admitieron de una forma total, existen muchas razones de índole histórico-social y aun doctrinal que les descarga en gran parte de su responsabilidad.

Así las cosas, y con los mismos atenuantes, hemos de juzgar a la Iglesia en la admisión de la tortura, cuanto más que la historia se encargará de demostrar la gran parte que la cupo en la atenuación de su rigor y en preparar el camino a su completa abolición.

Para completar el estudio, en el campo filosófico-jurídico, estudiamos una actitud original e interesante, por tratarse del prestigioso profesor italiano Carnelutti y por entrar en juego en su estudio algo tan complicado y difícil como la mutua implicación del bien común y el particular.

El problema es de una gran dificultad, pues en este caso se mezclan y confunden en una acción de mutuo influjo ideas y hechos.

¿No será mejor considerar el efecto, es decir, la confesión para ver si se puede hacer algo más de luz en el medio que se ha empleado para obtenerla, es decir, la tortura?

Así lo creemos.

Pues bien, vamos a buscar en la historia el sentido y el valor de la confesión judicial criminal.

Como línea común a la Edad Media, continuado después por los canonistas tenemos el hecho de la obligación del reo a confesar al juez que legítimamente la interroga la verdad aún en contra de sí en materia criminal.

Esto es un hecho.

Otro hecho interesantísimo en nuestra materia le constituye sobre todo en el derecho procesal canónico, el que a los herejes no se les podía condenar sin antes obtener de ellos la confesión de su pecado, esto es, de la herejía, ya que en caso contrario, cuando negaba se tenía una objuración o sencillamente faltaba el "pertinaciter" elemento necesario para que alguien se pudiera llamar jurídicamente hereje.

Ahora bien, con estas dos premisas, una de tipo doctrinal: obligación del reo a confesar su propio crimen al juez que legítimamente le pregunta, y otra de tipo histórico en relación con el sistema de pruebas, tenemos que la confesión pasa a ser de hecho algo que merecía la pena obtenerla y que en algún caso era condición necesaria para poder sentenciar.

De aquí que en la Edad Media la confesión tiene el carácter de Reina de las pruebas.

Ahora sí, una confesión así de segura, que llevaba la tranquilidad al juez que había de sentenciar mediante la salvaguardia contra la mentira, sí valía la pena obtenerla.

Este es el caso, la seguridad del juez que llegaba al final de su instrucción con la confesión de la propia culpabilidad, sabiendo que tal confesión había de responder a la verdad por la obligación moral del acusado a decir la, hacía que sobrestinase desmedidamente la confesión, que como decimos pasa en esta época en que reina el sistema de prueba "legal" a ocupar el puesto de Reina de las pruebas.

Esto hacía que en pago de esa tranquilidad y seguridad del juez se pasase por algunos excesos en los medios de obtenerla.

Por eso, cuando a la obligación del reo a decir la verdad sucede el derecho del mismo a callar su propio delito, se despoja a la confesión de su máxima garantía de veracidad.

El reo entonces podrá disimular, que se toma como restricción mental.

Si por otra parte la Iglesia aún en sus causas de herejía se abstiene en el foro externo, reduciendo su acción a un ámbito interno tenemos como contrapunto de la posición anterior las causas que determinan el tránsito interesante de un sistema de "Prueba legal" al de "Libre apreciación de la prueba".

Lógicamente la confesión quitándole aquella garantía, tenía que ver mercedo su valor de prueba reina.

Lo que ahora interesa es llegar a la convicción del juez, cosa que logrará el conjunto de todas las pruebas dentro del cual, la confesión tendrá su lugar pero de ninguna manera casi exclusivo.

Así ya no interesa tanto obtener esta confesión y menos por procedimientos que lesionen de alguna manera derechos anteriores en el reo.

Considero este punto de capital importancia en la solución del problema, en el cual sencillamente creo que no se ha caído en la cuenta para explicar la desorbitación en admitir durante tantos siglos la tortura como medio de obtener la confesión.

Efectivamente, no es que prescindamos de las razones históricas que así como las sociales contribuyen poderosamente a dar claridad en nuestro problema, no.

Todo problema ha de considerarse desde su complejidad de matices so pena de quedarnos con una visión parcial e inexacta del mismo.

Y es por ello, que no podemos prescindir del aspecto histórico en esta cuestión, sobre todo teniendo en cuenta que con una ligera mirada histórica retrospectiva vemos la evidencia de esta verdad.

Cierto que no podemos pensar de una manera absoluta y sin distinciones, que el pensamiento haya de estar sometido a la evolución de los hechos en la historia, como si ésta y no aquél fuera en definitiva la guía y norma de la vida.

Por eso, de ninguna manera cabe pensar en una desvinculación y desconexión radical de pensamiento y vida.

Mas, manteniendo como principio, la superioridad del pensamiento cabe admitir también una influencia de los hechos en el mismo.

Si bien es verdad que la historia evoluciona al filo del cambio doctrinal y en este sentido las ideas marcan el sendero a la historia, no es menos verdadero, desde otro punto de vista, que los hechos sirven de base a la reflexión, y en este sentido se ve la influencia de los hechos en el pensamiento.

Sin embargo, cuando algún problema, como el nuestro de la tortura, mete tan hondas sus raíces en el tiempo que se puede decir que fue admitido de una manera universal, temporal y localmente, algunas causas como hemos dicho de tipo doctrinal, además de las históricas lo determinarían.

Cierto que este mismo argumento se podría invocar en contra de lo que venimos precisamente afirmando.

Si decimos que las posiciones doctrinales motivan prácticas jurídicas (influjo del pensamiento en la vida) y que a eso se debe precisamente la supervivencia en la vida jurídica de instituciones tan abiertamente contrarias a la verdad, de la misma manera habría que pensarse que cuando el pensamiento es contrario a las mismas, este soporte doctrinal determinaría la supresión de las instituciones contrarias a dicho pensamiento, y es precisamente que —y aquí encontramos el otro punto, influjo de la vida sobre el pensamiento—, no siempre se abren camino las ideas, al menos no fácilmente y de una manera rápida, sobre todo, si existen en medio, o mejor en contra de dichas ideas, usos y costumbres y sobre todo intereses refractarios a toda reforma.

Por otra parte, y concretándonos a nuestra cuestión aunque es verdad que hubo pensamientos en contra de la tortura, estos no fueron más que puntos aislados y además provenientes de otro campo ajeno al jurídico, v. g., Vives, Feijoo, etc., etc.

Por otra parte, también es sabido que aunque el cambio individual lleve consigo el colectivo, este resultado nunca es inmediato sino fruto de mayor madurez.

Pues bien, este mutuo influjo, pensamiento historia, historia pensamiento, lo tenemos clarísimamente en nuestro estudio.

No es difícil ver, cómo usos y costumbres han sido el muro infranqueable contra el que se había venido estrellando el pensamiento del s. XVIII, además de los esporádicos ataques que como hemos visto, nunca faltaron en la historia.

A pesar de todo ello, el apego a la tradición y sobre todo, el influjo enorme de la costumbre determinaron que aquella institución permaneciera en uso hasta el siglo pasado.

Por esta vez, el pensamiento se veía contenido por el poder de los hechos y la costumbre.

¿A qué fue debido el triunfo tan definitivo de la tortura?

Porque, una vez introducida, ya se ve que la fuerza de los hechos y de la costumbre se encargarán de que perviva.

Ya lo hemos dicho, como en un sistema de pruebas legal como en el que domina la Edad Media, el principio doctrinal de la obligación del reo a confesar su propio delito hacen de la confesión una prueba muy preciada que la constituye en Reina de las pruebas.

Si a esto unimos, como indicamos también, la particularidad del sistema canónico en su lucha contra la herejía, de no poderse condenar sin confesión del propio delito, creo que tenemos en la mano la clave para explicar de alguna manera este oscurísimo problema.

Que esta sea la verdadera pista nos lo confirma el hecho de que el golpe más decisivo a la inversa, se lo llevó la tortura cuando la confesión deja de ser Reina de las pruebas para convertirse en una más dentro del cuadro

general de los mismos destinadas a llevar al juez una convicción personal, y como causa de este cambio tenemos precisamente el Código de Napoleón del cual se notan influidos la mayor parte de la legislación moderna europea.

Aquí se da precisamente al reo el derecho de callar cuando se trata de un crimen propio, disposición que se tiene igualmente en el Código canónico.

Ahora si que es inútil la tortura como medio para hacer confesar.

Quitado el valor que le venía a la confesión por la obligación en el reo de decir la verdad ya no se toleran los medios en obtenerla que lleven consigo alguna dificultad de lesión en derechos humanos como sucede en la tortura.

Si a esto unimos el que la Iglesia se vio libre de la necesidad de obtener la confesión para castigar al hereje, al recluirse en el foro interno, tendremos la razón de la caída de la confesión como prueba.

Y así están las cosas en la actualidad, en que podemos decir que "de iure condito" el reo tiene el derecho a callar su crimen, y esto tanto en el terreno civil: "Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza"<sup>1</sup>, como en el terreno eclesiástico "las partes están obligadas a responder al juez que les interroga y decir la verdad, salvo si se trata de un crimen cometido por ellas"<sup>2</sup>.

Por eso nada extrañará ver cómo quienes pretenden nuevamente resurgir la tortura aunque no lo nombren así con sus palabras, me estoy refiriendo a los defensores del empleo de medios químico-científicos, se sientan inclinados a aceptar una nueva tendencia aparecida en Italia con el prestigio de un nombre como lo es Carnelutti.

Partiendo de la posición de Carnelutti, tendríamos el regreso de alguna manera al antiguo sistema medieval, ya que estos aunque no se atreven a lanzarlo de una manera definitiva en el sentido de obligar al reo a confesar su crimen sino que dicen que su derecho a callar no ha de ser del todo omnímodo, no vemos cómo se puedan librar de los abusos en obtener ese mínimo de obligación del reo a declarar en contra de sí.

Este es el peligro que Calamandrei denuncia en la posición de Carnelutti, quien personalmente como veremos se profesa enemigo de la tortura.

Dice Carnelutti que como el derecho del reo a callar es solamente de derecho positivo, nada impediría un cambio de disposición en sentido contrario aunque de ninguna manera pasaría a principio de derecho natural.

Cambio que según los autores de dicha opinión solucionaría de manera definitiva la contradicción que para ellos supone el poder el reo callar subsistiendo la obligación por parte del juez de investigar la verdad y exigírsela con las pruebas entre las cuales se encuentra la confesión.

Esto es precisamente lo que no cree posible Calamandrei. Difícil será en esta materia determinar el límite de la concesión, sin que se llegue a la claudicación total. Es posible de iure condendo, un sistema procesal que tu-

---

<sup>1</sup> LECr., art. 389.

<sup>2</sup> can. 1743.

viera la obligación del reo a confesar con el derecho correspondiente del juez a interrogar sin tener este último medios para obtenerla.

¿Y sería muy difícil volver al empleo de medios como lo son la tortura? Este es el problema.

No obstante, aún concedido esto, quedarían otros problemas sin resolver que son los que motivaron la caída de la tortura como puede verse en nuestros penalistas del siglo XVIII, como son la inutilidad de tal medio, al llevar consigo el que por este medio unos confesasen delitos no cometidos y otros más desdolidos callasen verdaderos delitos.

Así pues, veamos qué nos dice la historia sobre el problema.

### I.—SISTEMA DE PRUEBA LEGAL

Todo lo que vamos a decir de la confesión lleva un presupuesto y este es el sistema de pruebas llamado legal.

En este sistema que se reduce a hacer del juez un simple valuador de las pruebas según un baramen establecido previamente según su manera de juzgar secundum "allegata et probata".

Es en este sistema de pruebas donde por los motivos antes señalados la confesión obtiene el primado con carácter casi de exclusividad.

Dejando la consideración histórica anterior, nosotros nos vamos a fijar en concreto a partir de la Edad Media, pues lo que nos interesa por ser la época en la que se formó la verdadera teoría de la tortura que la dará vitalidad por tantos siglos después.

Sobre los siglos anteriores remitimos a dos artículos:

1.º Uno de Salvioli "Le prove legali secondo la dottrina piú antica"<sup>3</sup>.

2.º Otro del mismo "I limitti de la certezza morale nella prova criminale secondo il diritto romano, canonico, e la dottrina medievale"<sup>4</sup>.

Pues bien, vemos que en la forma de juzgar se empleaba el sistema de prueba legal. Así tenemos varios testimonios:

1.º Fr. Casonius: "licet iudex viderit committi homicidium, damnare tamen non potest delinquentem nisi de homicidio fuerit legitime probatum"<sup>5</sup>.

2.º S. Tomás: "Iudex si scit aliquem innocentem esse qui falsis testibus convincitur debet diligentius examinare textes, ut inveniat occasionem liberandi innoxium, sicut Daniel fecit. Si autem hoc non potest, non peccat

<sup>3</sup> SALVIOLI, en "Riv. giuri. d'Italia", II, 1916, 25 y ss.

<sup>4</sup> SALVIOLI, en "Diri e giur", XXXI, 1916, n. 2.

<sup>5</sup> FR. CASONIUS: *De iudiciis et tortura*, en "Raccolto dello Ziletti". Venezia, 1580, p. 411.

secundum allegata sententiam ferens, quia ipse non occidit innocentem sed illi qui eum asserunt nocentem”<sup>6</sup>.

3.º Por fin Bártolo y Baldo<sup>7</sup> quienes vienen a decir que no se debe juzgar secundum constintiam sino secundum allegata et probata; dicen que aunque un juez vea con los propios ojos cometer un crimen debe obtener la prueba porque en aquel caso él era una persona privada y juzgando según la conciencia privada sería a la vez juez y testigo.

## II.—OBLIGACION DEL REO A CONFESAR

Vamos a ir estudiando el problema de la confesión en relación con la tortura en un sentido histórico.

Como se ve es un problema jurídico moral. De ahí que lo estudiamos en moralistas y juristas.

Como la opinión en la Edad Media más común fue la obligación en conciencia y esta sentencia adquiere verdadero vigor merced a la autoridad de que venía investida, S. Tomás, de ahí que comenzamos exponiendo primeramente su pensamiento.

1.º SANTO TOMÁS se plantea el problema en los siguientes términos: “Utrum absque peccato mortale possit accusatus veritatem negare per quam condemnaretur” y responde: “Et ideo ex debito tenetur accusatus iudici veritatem exponere quam ab eo secundum formam iuris exigit. Et ideo si noluerit veritatem quam dicere tenetur vel si eam mendaciter negaverit, mortaliter peccat...”<sup>8</sup>.

Luego en Santo Tomás vemos la obligación en conciencia de decir la verdad al juez que legítimamente pregunta.

Que se trate de una confesión contra sí mismo en materia criminal no cabe duda, al menos así lo han interpretado todos los moralistas y canonistas que le han seguido apoyadas precisamente en su autoridad.

Aún el mismo Lugo que tiene sentencia contraria interpreta así su pensamiento.

Ahora bien, ¿qué podemos decir de Santo Tomás en cuanto a la tortura?

Ciertamente que no podemos hablar de que se plantease de frente el problema, al fin y al cabo problema jurídico. Sin embargo, hay un pasaje en su “*expositio in librum beati Iob*” en que si bien es verdad que no trata el problema expresamente, sino que habla de una semejanza o comparación, del conocimiento que puede tener Dios de los pecados del hombre semejante al que el hombre puede tener por medio del tormento cuando existe

<sup>6</sup> STO. TOMÁS: *Summa Theol.*, II, q. 64, 6.

<sup>7</sup> Cfr. BARTOLO, “In II Cod. part., ad Cod., 2, 11”. Venezia 1567 y BALDO, “In I, II et III Cod. lib., ad Cod., 2, 11”. Venezia 1599.

<sup>8</sup> STO. TOMÁS, 2, 2. q. 69, a. 1.

“Defectus cognitionis humanae”, cuyo defecto de conocimiento hace que el juez pueda atormentar a un reo inocente falsamente acusado; que no sería más que la versión del pensamiento de S. Agustín, cuando ante el peligro de atormentar a un inocente se pregunta qué hará el juez y responde que ha de juzgar obligado por no saber “necessitato nesciendi” que es lo mismo que lo de Santo Tomás “ex defectu cognitionis humanae”.

He aquí sus palabras “In humano iudicio quandoque innocentes affiguntur. Contingit enim quandoque quod quando aliquis innocens falso apud iudicem accusatur, iudex ad exquirendam veritatem, eum tormentis subiicit secundum iustitiam agens: sed huius rei causa est defectus cognitionis humanae qui est triplex”<sup>9</sup>.

No sabemos, repito, el verdadero pensamiento de Santo Tomás, porque creemos que ni pretendió pronunciarse sobre este punto; sin embargo, de hecho su pensamiento fue interpretado en sentido justificante para el tormento incluso de un inocente acusado.

Así tenemos al teólogo también dominico Pedro de Bergamo que en 1473 interpreta así el pasaje de Santo Tomás: “Tormentum iudex iuste infligit innocenti accusato, ad inquirendum veritatem. Iob.10.lect.1, me[di]o”<sup>10</sup>.

2.º SALMANTICENSES. En la misma línea de Santo Tomás, admiten también la obligación del reo a confesar contra sí mismo.

Ahora bien, añaden al pensamiento de Santo Tomás al decir qué se requiere para que el juez pregunte legítimamente que es la condición necesaria para que surja en el reo la obligación de responder: “Ut ergo iudex iuridice queat reum interrogare requiritur quod adsit notorietas facti, vel infamia rei et culpae seu alicuius delicti; vel si iudex procedit per viam accusationis quod detur legitimus accusator offerens se per testes factum probaturum in iudicio vel quod adsit semiplena probatio quod tunc datur cum rem testificatur unus testis omni exceptione maior vel de visu quando reus hoc sensu percipitur, vel de auditu quando res solo auditu est perceptibilis vel dantur indicia evidētia ipsius facti quae hanc semiplenae probationi acquirantur”<sup>11</sup>.

Con relación a nuestro problema y después de haber determinado qué se ha de entender por juez legítimamente interrogans, se pregunta: “His igitur suppositis et etiam quod iudex legítimamente interroget. Inquirimus, an tunc reus interrogatus teneatur contra se veritatem detegere et suum crimen non celare ita ut peccet graviter si hoc non faciet?”<sup>12</sup>.

Y después de exponer en primer lugar la sentencia de Santo Tomás y luego la de Lugo dice: “Sed prima sententia videtur nobis probabilior et in praxi tenenda. Tunc ob auctoritatem expressam Angelici Doctoris et gra-

<sup>9</sup> STO. TOMÁS: *Expositio in librum beati Iob*, ad Iob, cap. 10, lez 1.

<sup>10</sup> PEDRO DE BERGAMO: *Tabula aurea in omnia opera S. Thomae Aquinatis, v. tormentum*, Parma 1873. Sobre este tema Cfr. *L'Anné du Clerge* (44) 1960, p. 652.

<sup>11</sup> SALMANTICENSES, “*Theologia Moralis*”, Venezia 1728, t. V, tr. XXIV, cap. VII, n. 3, p. 386.

<sup>12</sup> *Ibid.*, n. 2, p. 386.



visimorum theologorum eam sectantium et tuentium. Tunc ob rationem nervosam et sollidissimam qua ad illam defendendam nititur qua bene eviscerata et perpensa, rationes et fundamenta quibus secunda haec sententia fulcitur, facile dissipantur et in nihilum rediguntur ut aperte constabit ad omnes illius probationes cum autoribus primae sententiae respondendo”<sup>13</sup>.

*Este es el pensamiento de los decretalistas:*

a) REINFFESTUEL: en su *Ius Canonicum* publicado por primera vez en el año 1700, se pregunta: “Iudici legitime interroganti tenetur reus in constientia fateri veritatem?”

La solución la dará según la conocida doctrina de Santo Tomás, por ser una obligación correlativa al derecho que tiene el juez “letigitime interrogans...”.

“Resp. I. Si iudex servato iuris ordine interrogat ac vel sub iuramento vel alias legitime praecipiat sibi veritatem dici tenetur reus in constientia hanc fateri... Ratio est quia quilibet tenetur obedire superiori legitime praecipienti; sed iudex servato iuris ordine procedens ac interrogando praecipiens, vel iuramento de dicenda veritate legitime praecipit; ergo. Accedit quod potestas iuridice interrogandi ex parte iudicis et obligatio respondendi ex parte rei sint correlativa; quinimo iudicem iudicialiter interrogare idem estac reum obligare ad respondendum...”<sup>14</sup>.

Ahora se plantea la siguiente dificultad y es el conciliar la obligación del reo a decir la verdad con el principio de que “nemo debet cogi ad detegendam propriam turpitudinem”... “Antecedens esset verus in casu quod alius non habet ius legitime interrogandi... bene tamen ubi is (iudex) praevia semiplena probatione, difamatione ac manifestis indiciis iuridice interrogat...”<sup>15</sup> y luego va exponiendo las dos sentencias. Como vemos este principio que valoriza grandemente la confesión se mantiene como creencia general a través de los siglos.

Más explícito en cuanto al planteamiento y dificultades que esta opinión lleva consigo es

b) SCHMALZGRUEBER que escribe su *ius ecclesiasticum universum* hacia el año 1712-18.

De la misma sentencia se pregunta: “Queritur 2.an reus in indicio interrogatus de crimine respondere teneatur”.

Responde distinguiendo si consta de que no interroga legitime o de si consta que sí.

<sup>13</sup> *Ibid.*, n. 9, p. 387.

<sup>14</sup> REINFFESTUEL: *Ius Canonicum*, París 1865, vol. II, tit. XVIII, dist. VII, n. 163, p. 497.

<sup>15</sup> *Ibid.*, n. 165, p. 498.

Si secundum, y expone la sentencia de los que dicen que no está obligado... "Ceterum contrariam indico probabiliorem quam etiam tenent Santo Tomas, Caietanus et alii communiter. Ratio est quia reipublicae interest ne crimina maneant impunita. Et correlative sunt iudicem interrogare legitime et reum ad interrogationem respondere debere. Alias exigua iudicis autoritas foret"<sup>16</sup>.

Como todos admite el tormento.

Ahora se le plantea la dificultad de conciliar el tormento, o mejor la confesión obtenida en el tormento con la espontaneidad y libertad de que debe estar revestida la confesión.

Refiriéndose a la confesión dice que debe ser "ut fiat sponte et libere, non vi et metu extorta sit... Porro, quia his casibus deficit praesumptio in qua vis propriae confessionis fundatur, cum saepe ob vim, metum, aut etiam dolum quis testimonium contra si ipsum perhibeat; y ahora lo que nos interesa... "Extenditur ad confessionem factam a reo in tormentis, nam ut ista aliquid prebeat adversus reum sic confitentem..." y ahora va a dar la solución de cómo la confesión obtenida en el tormento puede considerarse una confesión libre... tria debent concurrere. 1.º) Ut constat de corpore delicti... 2.º) ut contra torquendum gravia habeantur iudicia. 3.º) ut tortus metu in conspectu tormentorum confessus persistat in confessione. Dicitur autem in confessione persistere, qui, quod antea in tortura passus est, altera die ad banchum iuris ut vocant, seu locum publicis tribunalis ductus et extra tormentorum conspectum positus confessionem repetat"<sup>17</sup>.

Es curioso observar que todos, absolutamente todos los autores, resuelven, o intentan resolver la dificultad de conciliar la libertad en la confesión con la evidente coacción o miedo que deriva de los tormentos con la ratificación hecha fuera del tormento.

Recordemos cómo este punto aparece entre los vulnerables para los que la atacan precisamente viendo en esto la inutilidad de la misma, pues si la tortura se ordena a obtener la confesión y esta luego no vale sino se ratifica fuera, es inútil este medio.

En este sentido es mucho más sincera la posición de Lugo que veremos, aunque adolezca de otros defectos francamente imposible de conciliar en la sana doctrina.

c) La misma doctrina aparece en BERARDI, en su *Comentaria in Ius ecclesiasticum universum*, de la segunda mitad del s. XVI.

Se propone la misma dificultad, comentando el pasaje del can. I, cans. 15, quaest. 6 de que declara sin valor la confesión obtenida por miedo y entonces se pregunta ¿qué hacer de la confesión obtenida metu tormentorum. Vale?

<sup>16</sup> SCHMALZGRUEBER: *Ius Ecclesiasticum Universum*, Roma 1844, t. II, p. III, tit. XVIII, n. 3, p. 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, n. 11, p. 7.

Aunque admite que hay algunos que la niegan, él sigue la sentencia común solucionando también la dificultad en el mismo sentido: "... non esse tamen in iudicibus criminalibus abolendam (tortura) ubi gravissimae sunt admissae criminis coniecturae, quousque non utilius eliciendae veritatis praesidium inveniatur. Hinc factum est ut tunc demum reus dum torquetur, confesso credatur, cum reus quod, dum torqueretur as serit, post tormenta confirmat"<sup>18</sup>.

Notemos la expresión significativa de Berardi: "quausque non utilius... que revela que aún admitiendo las dificultades de tal medio de obtener la verdad lo admitían mientras no hubiera otro mejor.

Hasta tal punto habían llegado las cosas y tal era el omnímodo valor de que gozaba la confesión entre las pruebas de manera que aún habiendo serios indicios y semiplena prueba y un conjunto de circunstancias tales que juntamente con el testimonio digno de toda credibilidad podían llevar al juez una verdadera certeza moral de tal delito, no sentenciaban si no obtenían antes la confesión.

### III.—LIBRE APRECIACION DE LA PRUEBA

El derecho procesal actual está animado de este principio de la libre apreciación de la prueba.

El Código de Derecho canónico así lo reconoce cuando para que el juez pueda sentenciar solamente se exige una certeza moral: "Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententiae definiendam"<sup>19</sup>.

Certeza moral que equivale a convencimiento personal.

Ahora bien dicho convencimiento no es algo puramente subjetivo sino que ha de ser motivada a base precisamente de los datos que le son suministrados: "Hanc certitudinem iudex haurire debet ex actis et probatis"<sup>20</sup>.

Por lo tanto no se trata de eliminar las pruebas sino de juzgarlas según su conciencia de manera que estas han de ser el elemento objetivo o material de donde el juez ha de tomar la certeza sobre el hecho en cuestión<sup>21</sup>.

Ahora bien, en este sistema de pruebas ¿qué lugar ocupa la confesión del propio delito?

Ocupará sí un puesto como cada una de las otras pruebas pero en manera alguna preeminente.

<sup>18</sup> BERARDI: *Comentaria in Ius Ecclesiasticum Universum*, Madrid, 1583, lib. IV, cap. V, dist. 1.<sup>a</sup>, p. 36.

<sup>19</sup> Can. 1809, § 1.

<sup>20</sup> Can. 1809, § 2.

<sup>21</sup> LEGA-BARTOCETTI: *Comentarius in Iudicia ecclesiastica*, Roma 1950, vol. II, t. XII, n. 12, p. 940.

Es más, el código canónico no la admite en nuestro caso "El Código ha restringido notablemente la fuerza probatoria de la confesión no admitiéndola en las causas públicas, v. gr., en las matrimoniales y criminales"<sup>22</sup>.

Cual sea el valor que en estas causas públicas tenga la confesión del interesado lo vamos a ver en la jurisprudencia eclesiástica.

Un caso, la simulación del consentimiento. Ponemos el ejemplo en el que al parecer más acceso tendría la propia confesión ya que apenas hay otro camino para demostrarlo. Pues bien.

1.º En primer lugar la confesión judicial apenas tiene interés sino es claro está para hacer posible la evolución procesal.

Unicamente se atiende a la confesión extrajudicial "tempore non suspecto" y esta de manera que más viene a ser testimonio de los testigos "Cum consensus sit actus internus voluntatis, cognosci potest tantummodo ex eius externa significatione.

*Significatio autem facta a simulante qui pro se in indicio deponat haud est attendenda nisi confirmetur validis argumentis quae erui possunt ex confessione extrajudiciali eiusdem simulantis de qua deponant testes fide digni qui referant ea quae cognoverunt tempore non suspecto ab ipso, praesertim simulante"*<sup>23</sup>.

2.º Esto no basta sino que es necesario acudir a las circunstancias antecedentes, concomitantes y consiguientes del matrimonio para probar el hecho de la simulación "Ipsa denique simulatio demonstranda est ex circumstantiis matrimonii. Si nempe ex certis et determinatis circumstantiis matrimonii legitime probatis coniecturae seu iudicia depromi possunt, quae cum asserto consensu simulato directe cohaerent neque aliter explicare nisi ex consensu ficto, tunc factum simulationis dici poterit probatum"<sup>24</sup>.

Idéntica línea tenemos en nuestro derecho civil, donde la confesión cae también de su primado de reina de las pruebas, de manera que ni se la admite con valor propio sino que "La confesión no dispensará de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito"<sup>25</sup>.

En esto, en que el juez ha de valorar personalmente según su conciencia el contenido "allegata et probata" éste encontrará en todo el conjunto de pruebas, materias suficiente para llegar a lo más que se le exige, a una certeza moral.

Cuando por el contrario se le cierra al juez la posibilidad de valorar es lógico se acuda para tranquilidad en el condenar a la confesión de la propia culpabilidad. Por eso lo que en nuestro sistema de pruebas hubiera valido

<sup>22</sup> Código de Derecho Canónico bilingüe. B. A. C., ed. 6.ª, Madrid 1957, n. al can. 1751.

<sup>23</sup> S. R. R. coram Pasquazi, 3-III-1949, vol. XLI, dec. VII, n. 2, p. 37.

<sup>24</sup> S. R. R. coram A. Wynen, 21-VI-1941, vol. 33, dec. XLIX, n. 4, p. 536.

<sup>25</sup> L. E. Crm., art. 406.

para que el juez hubiera llegado a la posibilidad de sentenciar, para ellos no era suficiente.

Nos estamos refiriendo a la condición que ponen todos los autores hasta ahora vistos, de que para que el reo esté obligado a confesar es necesario que el juez interrogue legitime. ¿Qué entendían por esto?

Recordamos como resumen de todos lo que dicen los Salmanticenses: "1.º) notorietas facti, vel infamia rei et culpae seu alicuius delicti.

2.º) vel si iudex procedit per viam accusationis, quod datur legitimus accusator offerens se per testes factum probaturum in indicio.

3.º) vel quod adsit semiplena prolatio, quod tunc datur cum rem testificatur unus testis omni exceptione maior...

O como decía Berardi "ubi gravissimae sunt admisae criminis coieturae;"

#### IV.—OTRO CAMINO HACIA LA TORTURA

Hasta ahora hemos visto cómo el camino hacia la tortura se vio favorecido por el hecho de una supervaloración de la confesión fundado en el hecho de poner obligación en el reo de decir la verdad.

Ahora bien, ¿es posible llegar al mismo término, es decir, a la tortura quitando esta premisa?

Veámoslo. Se trata sencillamente de la opinión de Lugo, que como sabemos es la opuesta a Santo Tomás.

Los primeros hacían depender la obligación de la confesión del derecho del juez que legítimamente pregunta.

Aquí, sin embargo, reconociendo el derecho del juez a preguntar ponen al mismo tiempo el derecho del reo a callar su propio crimen sobre todo en las causas capitales.

Pero veamos directamente su pensamiento.

Notemos desde el principio el carácter de este autor. Es el hombre de los grandes contrastes. En él aparecen y es el primero que se plantea las grandes dificultades que el empleo de la tortura lleva consigo de frente a la libertad que debe llevar la confesión, pero a la vez y esta es la pena, se queda en una posición tradicional en cuanto al empleo de la misma. Ve las dificultades, las reconoce y no se atreve a dar el paso. Esto indica de qué manera había llegado a calar en aquella sociedad el instituto jurídico del tormento.

##### *1.º Primera dificultad y primera inconsecuencia.*

Se plantea el caso de si es lícito al juez sacar una confesión al reo con dolo y para decir que sí se apoya en que así como es lícito al juez someter a tortura al reo para sacar la confesión de la misma manera será lícito usar del dolo.

Luego vemos cómo en el caso presente no trata directamente de nuestro tema, sin embargo, nos vale por lo que a propósito del dolo deja sentado acerca de la tortura.

Plantea la dificultad de la siguiente manera: “Urgelis, videri confesionem, eo casu, esse iniuste extortam, cum extorqueatur per dolum et fraudem qua iudex minatur tortura cum non habeat animum torquendi atque ideo confessio non erit voluntaria sed involuntaria. Resp.: “Iudicem parum curare, quod confessio sit involuntaria vel involuntaria: habet enim ius eruendi veritatem quacumque possit via; quare si haberet medium aliquod licitum, quo confessio extorqueretur reo sine eius libertate, eo uti posset...”<sup>26</sup>.

Aquí tenemos el principio, que siendo lícito un medio se le admite aunque se sigan consecuencias ilícitas como es una confesión involuntaria: porque enfrente estaba la causa de tal ilicitud en el título “de confessis” de las Decretales: “ut fiat sponte et libere, non vi et metu extorta sit”.

¿Por qué ante esto no pensó en declarar ilícito tal medio al menos como posibilidad de iure condendo?

Pues bien, ya sabemos cómo resuelven todos el problema. Dirán que tal confesión es libre porque se ratifica después fuera del tormento.

Sin embargo, esto era quererle engañar.

Efectivamente, admitida la práctica a la posibilidad de repetir hasta tres veces y más si venían nuevos indicios, el tormento. Entonces como atinadamente dice Lugo esto de ratificarse no hacía más libre la confesión que lo había sido la primera vez.

“... Sufficit vero quod postea verificetur prout ratificari debet, non quidem ut sit magis libera nam tunc etiam ratificatur metu secundae torturae sed ut magis constet de eius veritate et non ex animi perturbatione ortam fuisse”<sup>27</sup>.

Vamos a procurar analizar este breve texto, pues entraña varios puntos de interés.

En primer lugar como hemos dicho pone de manifiesto y esto es para él un gran mérito, el que la pretendida solución de que la confesión en el tormento pueda ser libre si se ratifica después, es nada más que una pura ilusión.

En segundo lugar y aquí sí que no está muy acertado, dice que para poder emplear el tormento es necesario que la confesión tenga una ulterior ratificación no para que sea libre, lo cual desde el principio excluye sino para que conste “de eius veritate et non ex animi perturbatione ortam fuisse”.

A lo que le decimos: ¿No salva la libertad y se contenta con salvar el que no sea ex metu?

<sup>26</sup> J. DE LUGO: *De iustitia et iure*, Parisi 1869, disp. XXXVII, sect. XIII, n. 161, p. 732.

<sup>27</sup> LUGO: *l. c.*

Si concede que es involuntaria la confesión obtenida en el tormento a fortiori debe admitir que es ex metu ya que la causa de que no sea libre es el miedo, al menos en su lenguaje, pues cuando poco antes dice que la confesión ratificada no es libre pone como causa de esa falta de libertad el que es “metu secundae torture”.<sup>28</sup>

Podría haber dicho que era libre aún con el miedo como hacen los de la otra opinión, sin embargo, aún quedarían por resolver las dificultades de vi et metu... que en definitiva son las causas de que una confesión sea más o menos libre.

Por otra parte no le tenía que preocupar mucho el problema de acudir a la ratificación cuando sienta como principio que al juez no le tiene que tener preocupado el que la confesión sea libre o no.

Este es el gran fallo de Lugo reconocer como lícito un medio que lleva inexorablemente a un resultado injusto.

### 2.º *Posibilidad del reo a callar.*

Después de exponer qué se requiere para que el juez pueda interrogar legítimamente, se pregunta si el reo iuridice interrogatus está obligado a confesar su propio crimen, y después de exponer en primer lugar la sentencia afirmativa y luego la negativa dice: “Prima sententia probabilissima est, maxime accedente communi autoritate. Secunda tamen est valde probabilis et in praxi omnino secura praesertim in causis capitalibus”<sup>28</sup>.

Y ahora pasa a responder a las dificultades de la primera sentencia que quieran sostenerla, es decir, la obligación en conciencia del reo a confesar su crimen para que no quedan delitos por descubrir lo cual iría contra el bien de la sociedad... recordemos a Smalzgrueber cuando se inclina a la obligatoriedad de confesar su crimen: “Ratio est quia Reipublicae interest ne crimina maneant impunita”<sup>29</sup>.

A lo cual responde Lugo que pretender con una obligación moral salvar el bien de la república es inútil y que... “illud ergo reipublicae dannum melius impeditur dando iudici potestatem ad exquirendam veritatem per tormenta quam per obligationem constientiae”<sup>30</sup>.

Esto último es lo que ha hecho considerarse a Lugo como continuador del español Antonio Gómez de la línea que sostiene la tortura mirando más al interés público que al de los individuos, entendiendo por público en concreto el del Estado.

### 3.º *Ultima dificultad e incongruencia.*

Ya vimos en la sentencia opuesta que había una correlación perfecta entre el derecho del juez que interroga legítimamente y la obligación del acusado que confiesa su crimen.

<sup>28</sup> LUGO: *o. c.*, disp. LX, sect. I, n. 16, p. 774.

<sup>29</sup> SMALZGRUEBER: *Ius Eccles.*, II, III, XVIII, 3, p. 3.

<sup>30</sup> LUGO: *l. c.*

Como era de esperar estos autores toleran la tortura pues es un medio para obtener aquello (confesión) a lo que uno tiene derecho y el otro obligación; en el caso pues de resistencia a una cosa a la que estaba obligado se podría intentar sacársela.

Entonces el derecho que Lugo pone en el juez queda sin contenido al no poner la correspondiente obligación a su derecho.

Así vio él mismo la dificultad y se la propone: "si iudex potest torqueri reum post semiplenam probationem, ergo potest etiam obligare ut respondeat; alioquin iniuste torquet eum qui non tenetur respondere.

Respondetur negando sequelam quia tortura non est in poenam, eo quod non confiteatur; nam si nondum constat quod neget veritatem; quando potest ea de causa puniri? Sed est medium licitum et iure gentium introductum ad investigandam veritatem, sicut carcer strictus ad custodiam;..."<sup>31</sup>.

Notemos la confusión de conceptos que laten en estas líneas. Compara y dice que como es lícito emplear la cárcel para custodia, de la misma manera el tormento para confesar aún contra aquellos que no están obligados a ello.

Pues bien le decimos: Entre cárcel y custodia hay una relación de finalidad supuesto que el reo cumpla los requisitos para ser encarcelado, es decir, una razón de seguridad social, etc., etc.

Entre tormento y confesión también existe una razón de finalidad cuando, precisamente como dice él, no se emplea como pena sino como medio de descubrir la verdad. Ahora bien, en aquel sujeto del que se pretende que confiese tiene que haber un fundamento para que confiese, y nótese bien que digo para la confesión y no para la verdad, pues el tormento se ordena a obtener la confesión directamente y mediante ella la verdad.

Si la verdad fuese directamente buscada, habría otros medios más adecuados como son testigos, indicios, circunstancias, etc.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento para poder pedir la confesión por tormento? La obligación en el sujeto que ha de confesar, sino sería injusto atormentar para tener una cosa que no estoy obligado a dar, como sería injusto encarcelar a quien pasea tranquilamente por la calle.

De ahí que no viendo muy clara la solución opta por decir que al fin y al cabo es un medio lícito introducido por el derecho de gentes<sup>32</sup>.

Como vemos también en este autor aunque con las ilógicas que hemos dicho está la gran preocupación por llegar a obtener la confesión, ya que aunque sea verdad el derecho a obtener la verdad no debe llegar a la obtención de la verdad por medio de la confesión obtenida por el tormento, sobre todo cuando él mismo ve perfectamente la dificultad.

<sup>31</sup> LUGO: *l. c.*

<sup>32</sup> LUGO: *l. c.*



No es así, sino que en vez de cortar sigue adelante con la tradición de ser un medio comúnmente admitido.

## V.—SITUACION ACTUAL DEL PROBLEMA

No cabe duda, como hemos visto, que en este batallar en contra del tormento admitido por la obligación del reo a decir la verdad hemos llegado al lado opuesto.

Antes obligación del reo en conciencia a decir la verdad. Ahora derecho omnímodo a callar.

Tal es como hemos visto las disposiciones del derecho positivo tanto civil: L. E. C., art. 387; como canónico: can. 1743, § 1.

Sin embargo, este derecho es de tipo positivo, así lo dice Lega<sup>33</sup>.

Y en general los moralistas modernos están de acuerdo en reconocer como lícito este derecho: así Vermeersch<sup>34</sup>, Zalba<sup>35</sup>, A. Merkelbach<sup>36</sup>.

Por otra parte tenemos que en Derecho civil, se da al juez la facultad de interrogar y de investigar la verdad y exigírsela a las pruebas entre los que está la confesión (arts. 386-387), de ahí que actualmente esté cobrando incremento una teoría nueva, aparecida en Italia y que tiene por iniciador a Carnelutti.

## UNA POSICION NUEVA

El caso de Carnelutti no hubiera pasado de ser una "opinión particular", si la prensa con su gran poder divulgador no hubiera titulado su opinión como "reconocimiento oficial de la tortura moderada".

Por eso vamos a dar un breve resumen del hecho que marca una fecha casi histórica en el nuevo resurgir de la tortura.

En el caso Egidi, en la audiencia del 2 de enero de 1952, el p. m. Taglia hizo una especie de defensa de los policías que habían sometido a los acusados a tormentos para hacerles confesar.

Entonces hizo alguna sugerencia en el sentido de que se podría admitir cierta violencia física, aunque moderada en tales casos.

La alusión no encontró dificultad en ser identificada.

<sup>33</sup> Cfr. LEGA-BARTOCETTI: *Comentarius in Iudicia Ecclesiastica*, Roma 1950, vol. II, pp. 607-8.

<sup>34</sup> Cfr. VERMEERSCH: *Theologia Moralis*, Roma 1945, vol. II, n. 645, p. 500.

<sup>35</sup> Cfr. M. ZALBA: *De statibus particularibus*, Santander 1954, n. 35, p. 41.

<sup>36</sup> Cfr. A. MERKELBACH: *Summa Theologiae Moralis*, ed. 9.ª, Brugis 1954, vol. II, n. 641, p. 676.

En sus lecciones de derecho penal, el profesor Carnelutti sostenía precisamente esta, de manera que aunque no con las mismas palabras, sí en sustancia, los grandes diarios difundieron la curiosa actitud de la justicia.

Así. "Il Corriere della Sera" del 12-1-52 daba la sensacional noticia en los siguientes términos: Un grande guirista dei nostri tempi arriva ad ammettere che qualche moderata violenza purché non provoché troppi danni al povento puo esser giustificata"<sup>37</sup>.

En parecidos términos "L'Unità" de la misma fecha que identifica al gran jurista, diciendo que es Carnelutti, y dice: "... le si fosse però un messo per straporre la verità con una tortura blanda, bisognarebbe farlo"<sup>38</sup>.

Así las cosas la noticia corre como noticia interesante y en Francia en *Esprit* (1952, 464) se titula a Carnelutti como defensor de la tortura moderada, haciendo crítica de su posición en términos que vendrían a poner el problema en sentido de favorecer el autor con su posición el interés público o del Estado en contra de los particulares.

Entonces Calamandrei pide a Carnelutti exponga personalmente su opinión en el problema a lo cual obedece el artículo que comentamos en que rechaza de plano no solamente la forma de descubrir la verdad por medio del tormento sino también por cualquier otro de los métodos no dolorosos, como son, v. gr., las drogas comúnmente llamadas "suero de la verdad".

Es interesante, pues con ocasión de rechazar estos métodos expone su pensamiento en estos dos puntos tan conexos entre sí, la obligación del reo a decir la verdad, y el empleo de algún medio para descubrirla, que como luego veremos, muy bien le puede contestar Calamandrei diciendo que lógicamente lo primero lleva a lo segundo y que es una utopía la pretensión de Carnelutti de querer propugnar lo primero sin aceptar lo segundo.

De lo que diremos a continuación, personalmente pienso, que esta segunda manera de exponer Carnelutti su pensamiento no es sincera.

El se encontró sorprendido de la proyección de su pensamiento y de sus consecuencias; del acceso que daba a tantas y tantas injusticias y atropellos de la personalidad humana.

Por eso en el presente artículo acepta un cambio en su pensamiento aunque para salir airoso, no por reconocer su equivocación inicial, sino por la evolución de los hechos que demuestran no ser posible de hecho los presupuestos que él exigía para el empleo de tales medios de descubrir la verdad.

Como el verdadero nudo gordiano, está en su admisión de la obligación del reo a confesar, o mejor, que no tiene derecho a callar su delito, comenzamos por ver su pensamiento en este punto determinado.

---

<sup>37</sup> Il Corriere della Sera, 12 Gennaio 1952, p. 4.

<sup>38</sup> L'Unità, 12 Gennaio 1952, p. 3.

## 1.º OBLIGACIÓN DEL REO A CONFESAR

Carnelutti enfoca el problema desde otro punto de vista. Habíamos visto cómo el problema de la tortura viene a admitirse en algún autor precisamente por un beneficio social, es decir, por el bien público que se sobrepone al bien de los individuos.

Al fin de que no queden sin pena delitos contra la república, dice Lugo, es más eficaz el dar al juez el poder torturar para descubrir los delitos que poner simplemente una simple obligación moral.

Sin embargo, sigue concediendo al individuo el derecho a callar.

Ahora el problema se plantea de una manera diversa.

El fin a que quiere llegar Carnelutti es sencillamente a deshacer ese derecho omnímodo del reo a callar, a no decir la verdad de su propio crimen cuando se le demanda legítimamente.

Alguna obligación había de ponerse en el reo contra el que recaen fundadas sospechas de su crimen. El punto de partida de Carnelutti es el siguiente:

El delincuente lo considera como un enfermo.

Ahora bien, de la misma manera que uno que tiene una plaga de lepra, etcétera, está obligado a descubrirla porque la sociedad tiene el derecho de dependerse de estas enfermedades contagiosas, de la misma manera dice él no se puede traer el principio de que "nemo tenetur detegere turpitudinem suam" porque teniendo la sociedad el derecho de defenderse de tales enfermedades o plagas sociales ese principio cae.

Hace el siguiente razonamiento.

Supuesto el derecho de la sociedad a tal defensa, ésta únicamente se obtiene pudiendo castigar dichos delitos.

Ahora bien, para castigarlos es necesario conocerlos y para descubrirlos, dice él, que habrá de tenerse en cuenta el parecer de aquellos que tienen dicha misión, y éstos dicen la dificultad que existe cuando se le concede al reo tal derecho a callar, más o mentir, "Contro i quali la società ha pur diritto per non dir dovere di difendersi; ma per difenderla non il solo messo, ma certo un mezzo "sine qua non" é la punizione dei rei; e per punirli bisogna scoprirli; e quanto a ciò che occorre per scoprirli una parola deve pur essere detta de coloro che ne hanno il difficile e pericoloso officio i quali non sono poi tutti né sadici né crudeli; e quando ci dicono che il diritto di tacere o peggio di mentire dell'imputato compromette spesso in modo irreparabile la loro ricerca, questo é un discorso que proprio in nome di la libertà, la quale se non é libertà di tutti non é libertà di nessuno, merita di essere meditato"<sup>39</sup>.

Este es pues el planteamiento del problema.

<sup>39</sup> CARNELUTTI - P. CALAMANDREI: *A proposito di la tortura*, in "Riv. di. dirit proc et civ.", a. 1952, vol. VII, pp. 235-6.

Como los encargados de descubrir el crimen tropiezan con la dificultad de tener que respetar el secreto del reo, o su derecho a guardar el silencio, de ahí que haya que imponer cierta obligación al reo de romper dicho secreto.

Como no le hace mucha gracia a Carnelutti que en Francia interpreten su posición como favorecedora de un derecho superior del Estado frente al individuo, se esfuerza por decir que el descubrir la enfermedad, en el caso crimen es un bien para el individuo, lo mismo que el presentarse al médico el enfermo. Sin embargo, el argumento que él pone y que dejamos transcrito, es desde el Estado desde donde en una reivindicación de sus derechos, pide que el individuo ceda un tanto del suyo, "Contro il quali la società ha pur diritto per non dir dovere di difendersi...".

Ya veremos más adelante cómo trata de sacudirse esta nota de favorecedor del Estado.

Nada de extrañar, al fin y al cabo italiano, donde se cree haber llegado con su democracia a la auténtica y única expresión del verdadero gobierno sobre la tierra.

Pues bien, veamos las consecuencias de su posición.

## 2.º CONSECUENCIAS DE SU PENSAMIENTO

### 1.º En cuanto a la tortura física.

Vamos a ver su pensamiento anterior al artículo publicado en el 1952.

Y en sus "Lezioni sul diritto penale" dice textualmente: "... deve essere respinta perché non offre alcuna garanzia di verità delle risposte del torturato non perché lo costringe a parlare un segreto. Perchió se vi fosse un mezzo di coercizione, il quali fornisca tali garanzie, deuda cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito non vi darebbe alcuna ragione perché non fosse adottato"<sup>40</sup>.

El se propone el caso desde el fin de obtener la verdad. Ahora, supuesta la obligación del reo a decirla va a analizar si el empleo de algunos medios llevan a descubrir una confesión verdadera o no, sin importarle claro es, el que vayan a obligarle a declarar.

En cuanto a la tortura física él la rechaza como hemos visto porque la confesión así obtenida no ofrece ninguna garantía de verdad.

Sin embargo, quedan las palabras de la segunda parte del texto en que dice: que si se encontrase algún medio coercitivo que garantizase la verdad de la declaración y que no llevase grande daño corporal al acusado se debía de emplear.

Esto es lo que hizo que se le considerase como defensor de una moderada tortura.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 237.

Desde luego que no se ve de qué otra manera han de entenderse sus palabras.

Ahora bien, él la rechaza en el artículo que comentamos citando únicamente la primera parte del texto en que sí dice que la rechaza.

En cuanto a los otros medios de investigar o descubrir la verdad, que él llama no dolorosas, y entre la que pone tanto la sugestión como todos los que nosotros llamamos "Suero de la verdad" cabe distinguir dos momentos en su pensamiento:

1.º El de sus lecciones de derecho penal 1947 donde no se pronuncia ni por la admisión ni por la no admisión de tales medios. Simplemente expone su pensamiento en un plano de posibilidad, no de hecho.

Recordemos que la clave que determinará la posibilidad de admisión o no de tales medios es siempre para él, el que con ellos se puedan o no obtener confesiones con garantía de verdad.

Así pues en 1947 dice respecto al problema "dei quali nelle mei Lezioni non ho portato se non per dire che se ci fosse la sicurezza della loro efficacia (per far rivelare la verità) come della loro inocuità non si dovrebbe esser nulla in contrario ad applicarli"<sup>41</sup>.

Como vemos sienta el principio solamente.

2.º En el artículo de la Revista de "Diritto Procesuale".

También rechaza aquí este medio de obtener la confesión del acusado y esto por doble razón, una de las cuales supone una corrección del principio sentado:

a) Porque según él, la confesión así obtenida no ofrece ninguna garantía de verdad, y en este sentido como no cumple las condiciones del principio sentado, es lógico, en decir que no se debe admitir.

b) Dice a continuación que aun en el caso de que tal efecto se consiguiera, es decir, una confesión con garantía de verdad, no se deben admitir tales medios ya que irían contra otro principio cual es el valor regenerativo de la confesión.

Esto como se ve es un cambio de pensamiento. Pues ya no solamente hay que atenerse al principio antes establecido por él para poder aplicar estos medios, es decir, posibilidad de llegar a la verdad, sino que habría que tener en cuenta otro principio o condición que si no se cumple imposibilita para aplicarlos cual sería el que aun con estos medios quedase a salvo el beneficio que la confesión ha de reportar al reo en orden a su regeneración moral.

El exponente este último pensamiento de la siguiente manera:

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, 238.

Recordemos las palabras de “Lardizábal”, “pero como yo estoy íntimamente persuadido a que... y sólo creo que es una prueba no de la verdad sino de la robustez y delicadeza de los miembros del atormentado...”.

Precisamente por eso como hemos visto en la aplicación de la tortura, se rodeaba esa confesión así obtenida de ciertas precauciones: si existen indicios previos; la confesión podía retractarse; y sólo recibían su pleno valor si era ratificada posteriormente, etc.

Por eso el camino de su desaparición ha sido largo y penoso, y ha sido debido a un maduro examen (desaparecido el sistema de prueba legal), del valor de la confesión que permitió situarla en el lugar que la corresponde en el grupo de las pruebas criminales quitándole su valor absoluto y reduciéndola a prueba relativa, dependiendo siempre de la apreciación del juez, cuya convicción está llamada a producir juntamente con las demás pruebas.

En manera alguna podemos desentendernos de las condiciones históricas que rodean a los hechos cuando tratamos de enjuiciar un problema, y ya hemos visto cómo se sucedieron los hechos. Viviendo en su mayor parte del derecho romano, heredaron con él un sistema procesal en que se daba entrada a la tortura. Las condiciones históricas de esta época favorecieron aún más la continuación de tal instituto jurídico sobre todo por parte de la Iglesia, la cual favoreció grandemente a la confesión del acusado, tanto por necesidad de la certeza en el condenar, nos estamos refiriendo al caso de los herejes, como por facilitar la conversión de los mismos.

Por otra parte el renacer del derecho romano en Bolonia hace tomar nuevo empuje a instituciones quizás no admitidas o cuando menos no con la crudeza del derecho romano, por los derechos particulares viniendo a imponerse de una manera casi universal junto con la obra de los comentaristas y el derecho canónico en aquella armónica unión del “*ius commune*” que ha venido ejerciendo su soberanía hasta las codificaciones modernas.

Por otra parte no hay por qué culpar demasiado a nuestros antepasados. Ya los hemos visto preocuparse de dotar de las máximas garantías tal sistema.

Recuérdense las garantías que se ponen en las partidas, para que el juez no se sobrepase a su cometido para que no se acuse sin motivo, etc., etc.

Al fin y al cabo, era un sistema bárbaro pero en el que en definitiva se salvaguardaba lo más íntimo de la personalidad, el dominio de las propias potencias superiores. Sería cosa heroica el resistir.

Pero hoy nosotros, menos rudos, pero menos nobles en nuestro proceder, empleamos otros medios destinados al mismo fin, pero de mucha más malicia, de menos perdonable intención.

Cuando se ataca a la misma persona, no se puede hablar en contra de quienes fueron incalculablemente menos responsables que nosotros.

Hace falta sinceridad para reconocerlo y valentía para corregirlo.

favore un diritto al segreto o un diritto al silenzio, riconducibile tra il diritti di libertà, questa negazione porti a fil di logica a legittimare la tortura..."<sup>42</sup>.

## CONCLUSION

Evidentemente no podemos tachar de inhumanos a tantos y a tantos hombres que durante largos siglos en la historia la han practicado y defendido.

Cierto que no faltaban protestas y condena de tal aplicación, sin embargo, esa cadena sigue arrastrándose pesadamente, como pesado es el hierro de las instituciones jurídicas, y es de ayer su abolición en pueblos tan civilizados y cristianos como los nuestros.

¿Qué hay pues que pensar de este hecho durante tantos siglos?

Hay quien quiere ver en aplicación de la tortura, un sadismo brutal que es fundamental a todo hombre; sin embargo, creemos en la buena fe, honradez y aún virtud de aquellos inquisidores jueces y magistrados que durante tantos años le aplicaron.

Sinceramente la explicación del sadismo la calificamos de inadecuada o al menos insuficiente.

Creemos que existe otra razón muchísimo más profunda y que justifica plenamente su posición aunque se excediese en la práctica, y de ahí las continuas quejas tanto por parte de la Iglesia como de las personas sensatas, que con su paciente martillar hicieron posible quebrar dicha cadena.

Posición que, como veremos más adelante y, precisamente por querer resurgir el mismo sistema procesal se va introduciendo, muchas veces idéntica materialmente, pero al menos siempre en su forma y espíritu.

Nos estamos refiriendo precisamente a la obsesión de aquellos hombres por obtener de cualquier manera la confesión del acusado.

Para ellos se puede decir, que su tranquilidad era suma cuando veían del acusado su propia confesión, no importaba el método con que ésta se obtuviera.

Pero sería ingenuo de todo punto, creer que aquellos juristas no veían los peligros innumerables a que daba lugar dicha institución.

Claro que las veían, y sus continuas quejas de tal método no se debían exclusivamente a un sentimiento de piedad con el torturado; no, sino que se hundía mucho más profundamente, iba a atacar precisamente la finalidad de dicha institución.

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 239.

El proceso penal ha de tener como fin la redención del reo. Para esto es necesario una confesión verdadera, es decir, que lleve consigo el arrepentimiento. Solamente así una confesión será útil al reo.

Ahora bien, cuando contra su voluntad se le saca la confesión, sucede que el individuo se ve sorprendido y entonces se cierra por completo haciendo imposible el diálogo, la intercomunicación entre reo y juez. De esta manera la confesión no tiene el carácter de verdadera regeneración.

En este sentido se pone, dice él mismo, del lado de la persona, del individuo, pues sacrifica el bien que pudiera venir al Estado del descubrimiento de ciertos delitos al bien que se debe obtener para el individuo en una verdadera administración de la justicia. Se nota de verdad la impresión que le debió causar el que creyeran que se ponía de parte de una prevalencia Estatal.

Dice que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad ya que en definitiva quien se salva o se condena es el individuo y no la sociedad como tal.

¿Qué debemos decir a todo esto?

En primer lugar descartamos que una confesión así obtenida pueda presentar garantías de veracidad.

Si cualquier confesión normal se presta a tantos cuidados cuanto más una confesión obtenida contra la voluntad del reo.

Una confesión normal ha de ser valorada atendiendo al sujeto, a sus circunstancias, estado de ánimo, motivación, etc., etc.

Qué diremos de la confesión que a todas esas fuentes de modificación añade quizás el que venga de un sujeto "non compos sui".

Dígase lo que se quiera, no podemos dar demasiado crédito a tales manifestaciones del sujeto.

### 3.º CONSECUENCIA DE UNA POSICIÓN

Supone por un lado en el individuo una verdadera obligación jurídica de decir la verdad y por otro lado cierra al juez que tiene derecho a descubrir la misma verdad del individuo por la confesión, el medio para obtenerla.

Esto es lo que no parece conciliable, pues si el reo se niega a cumplir con su obligación que es precisamente el derecho del juez, lo cual tratándose de algo doloroso para el propio sujeto es la posición más normal, la consecuencia más lógica es que el juez acuda al medio que tiene en su mano para obtener tal confesión.

Así lo reconoce y echa en cara el también italiano Calamandrei: "Io ritengo cioè che quando si parte di la premessa che vi sia nell'imputato un vero e proprio obbligo giuridico di dire la verità e si nega che si sia a suo



## EJERCICIO DE LA FUERZA FISICA EN LA IGLESIA Y SU PROHIBICION A LOS CLERIGOS HASTA GRACIANO

También aquí nos fijaremos en las actas de los concilios y de los papas. Así pues, siguiendo un orden cronológico tenemos.

— El Concilio I de Toledo, a. 398, prohíbe el recibir el diaconado al que ejerciera las armas, en el can. 8: “Si quis post baptismum militaverit et clamydem sumpserit, aut cingulum etsi graviora non admiserit, si ad clerum admissus fuit, diaconi non accipiat dignitatem”<sup>43</sup>.

Lo mismo se dispone en el can. 19, del Toledano IV<sup>44</sup>.

— El Sínodo Romano, del a. 402, declara como opuesto a la disciplina observada una serie de cosas como veremos, y a los que las hicieron los aconseja no aspirar al episcopado sino después de haber hecho una penitencia: “Eos praeterea, qui saecularem adempti potestatem, ius saeculi exercuerunt, immunes a peccato esse non posse manifestum est: dum enim et gladius exeritur, aut iudicium confertur iniustum, aut tormenta exercentur propter necessitatem causarum... disciplinam observationis traditam mutaverunt. Multum illis praestat si non episcopatum affectent sed propter haec omnia agentes poenitentiam, certo tempore impleto, mereantur altari-bus sociari”<sup>45</sup>.

Interesante la disposición de este Sínodo porque vemos que pone en la misma línea de prohibición que el ejercicio de las armas, el ejecutar el tormento; ambas pues, son aspectos de una misma potestad física que en general como estamos viendo es prohibido ejercitar a los clérigos.

— El Concilio IV de Toledo, a. 633, prohíbe a los sacerdotes el oficio de juez bajo pena de privación de oficio: “... et quia sacerdotes a Christo ad ministerium salutis electi sunt, ibi consentient regibus fieri iudices ubi iureiurando supplicii indulgentia promittentur, non ubi discriminis sententia preparentur. Si quis ergo, sacerdotium contra hoc commune consultum discusor in alienis periculis extiterit, sit reus effusi sanguinis apud Christum et apud Ecclesiam perdat proprium gradum”<sup>46</sup>.

— El Concilio XI de Toledo, a. 675, famosísimo por la repercusión que tiene después hasta ser transcrito por el mismo Graciano en que dice no ser lícito “his a quibus Domini sacramento tractanda sunt iudicium sanguinis agitare”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Concl. I. Toledi, can. 8 a. BRUNS: *Canones Apostolorum et Conciliorum veterum saeculorum IV-VII*. Berdini 1839, t. I, p. 205.

<sup>44</sup> Concl. IV. Toledo, can. 19 a 633, BRUNS, I, 229.

<sup>45</sup> Sinod. Romn., can. 10, a. 402, en MANSI: *Sacrorum Conciliorum, Nova et Amplissima Collectio*. Florencia 1759, vol. III, 1137, D.

<sup>46</sup> Concl. IV. Toledo, can. 31, a 633, BRUNS, I, 232.

<sup>47</sup> Concl. XI. Toledo, can. 6, a. 675, BRUNS, I, 311.

Siguiendo las actas de los papas tenemos:

— En el año 384-99, el Papa Siricio habla a los obispos de la Galia de un Sínodo tenido en Roma según el cual, los que han ejercido el poder de la espada no podían aspirar al episcopado <sup>48</sup>.

— En el año 401, el Papa Inocencio I señala como impedimento para recibir el clericalato, el ejercicio de las armas: “De laiciis vero religio tua consuluit, quos canones ordinare prohibeat... designata sunt genera, de quibus ad clericatum pervenire non possunt, id est, si quis fidelis militaverit” <sup>49</sup>.

— El Papa Zacarías, a. 741, dirigiéndose a Bonifacio, y hablando de los sacerdotes que no sólo faltan teniendo mujer después de ser sacerdotes, sino teniendo varias, las considera aún más en contra de la ley a los que matan a otros, a los cuales no se les debía considerar como sacerdotes: “Sed et ista parvi pendentes, atque Domini iracundiam provocantes, maiora committunt facinora, dum propriis manibus christianos atque paganos homines necant... Quid enim sapiens habens cor eos aestimet sacerdotes, qui neque a fornicationibus neque ab effusione sanguinum manus servant innoxias?” <sup>50</sup>.

— El mismo Papa en el a. 751, vuelve a repetir la misma prohibición: “Episcopus autem, condemnatus, de quo inquisisti, qui puginator et fornicator existit atque res ecclesiae post degradationem sibi vindicare nitetur, hic omnino ac detestabiliter respuendus est. Quae enim portio infidelis cum infideli? Aut quae communio Christo et Belial? Hos sanctorum patrum, traditiones et sanctorum canonum instituta condemnauerunt” <sup>51</sup>.

Aparece claramente una tradición constante en esta materia, puesta de manifiesto a lo que acude este Papa.

La razón siempre es la misma, que no está conforme con la santidad sacerdotal. Esta misma idea, de una irreductible conciliación con la santidad y ministerios sacerdotales de unas manos manchadas con la sangre, la tenemos en otro texto del mismo Papa, del año 745, quien con suma precisión y claridad lo expone en una carta a los obispos, presbíteros, diáconos... de las Gallias, exhortándoles a la obediencia a Bonifacio por él enviado y prohibiéndoles: “... qualis enim victoria datur ubi sacerdotes una hora dominica pertractant misteria, et Christi dominicum porrigent corpus pro suarum animarum redemptione, et post christianos, quibus hoc ministrare debuerunt, aut paganos, quibus Christum praedicare, propriis sacrilegisque manibus necant?” <sup>52</sup>.

— La misma prohibición se encuentra en una carta del Papa Adriano I al emperador Carlo Magno exhortándole a que prohíba el ejercicio de las

<sup>48</sup> Cfr. Canones Synodi Romanorum ad Gallos Episcopos, can. 10, a. 384-99, BRUNS, II, 279.

<sup>49</sup> Inocencio I, Epist. en COUSTANT: *Epistolae Romanorum Pontificum et quae ad eos scripserunt*, Paris 1725.

<sup>50</sup> ZACARÍAS, Epist. 51, 30-36, en “Monumento Germaniae Historica”, Epp. III, 303.

<sup>51</sup> ZACARÍAS, Epist. 87, 34-37, MGH., Epp. 371.

<sup>52</sup> ZACARÍAS, Epist. 61, 17-21, MGH., Epp. III, 326.

armas a los obispos: "Fatus est quidam nobis prelatus Joannes Monachus quia dixisset vobis ut omnis episcopus spiritualem teneret armam et non terrenam. Quatenus si ita est, quia militaris induit arma, hortantes vestrae notescimus a Deo potectam regalem excelentiam, ut nullo modo sic fieri permittat"<sup>53</sup>.

A medida que vamos avanzando en el tiempo, esta prohibición se va haciendo cada vez más rigurosa; así aparece ahora en el Papa Nicolás I, quien no sólo recoge la tradición sino que le hace mucho, más rigurosa, ya que aún el que mata a otro en legítima defensa debe renunciar a su propio oficio y si es sacerdote no debe ascender a puestos más altos.

La regurosidad de este Papa se deja ver, en que hasta ahora se habla del ejercicio de las armas, o a lo sumo del empleo activo de fuerza, pero este es el primer texto que encontramos en que expresamente se condene la legítima defensa cuando esta supone la muerte del otro.

En otro punto, es decir, en la privación del oficio, teníamos el Sínodo de Roma del a. 402 en que el que hubiera faltado en este punto se le exigía una conveniente penitencia y después de cumplida podía retornar a su oficio.

Dice así la severa disposición de Nicolás I, del año 858 "De his vero clericis pro quibus consulisti, scilicet, qui se defendendo paganum acciderunt, si postea per poenitentiam emundati, possint ad pristinum gradum redire aut ad altiozem axendere, scito nos nullam occasionem dare nec ullam tribuere licentim eis, quemlibet hominem, quodlibet modo occidendi...

Verum si contigerit et clericus, sacerdotalis ordinis saltem paganum acciderit, multum sibi consulit, si ab officio sacerdotali recesserit, satiusque est illi in hac vita Domino sub inferiore habitu inreprehensibiliter famulari quam alta indebite appetando dampnabiliter in profundum dimergi"<sup>54</sup>.

— Y por fin el mismo Papa reprende a los obispos que se ocupan en la lucha contra la piratería: "Reprehensibile denique valde esse constat, quod subintulisti dicendo, maiorem partem episcoporum omnium die noctuque cum aliis fidelibus tuis contra piratas marítimos invigilare... Speramus te fili carissime, in talia non porrumperere, qui Deo..."<sup>55</sup>.

Si guiendo como decíamos un orden cronológico, enlazamos aquí con los concilios siguientes que a su vez exponen la misma doctrina apoyándose en la tradición anterior de manera que podamos concluir en una afirmación general que el ejercicio de la fuerza física está prohibido a los clérigos.

— Así el Concilio de Cayanza del año 1050, en el cap. 3: "Presbyteri vero et diaconos qui ministerio fungantur ecclesiae arma belli non defferant"<sup>56</sup>.

Más significativo es el Concilio Londinense del a. 1075 que recoge la tradición de los concilios anteriores.

<sup>53</sup> HADRIANUS I, Epist. 88, 1-4, MGH., Epp. III, 625.

<sup>54</sup> S. NICOLÁS, Epist. 142, 4-14, MGH., Epp. IV, 661.

<sup>55</sup> S. NICOLÁS, Epist. 38, 32-36, 1-3, MGH, Epp. IV, 309-10.

<sup>56</sup> Concl. Cayanza, cap. 3, a. 1050, Hard VI, 1026, C.

A un paso de Graciano, este concilio tiene una gran importancia para nuestro estudio.

Efectivamente, ya no se refiere simplemente al ejercicio de las armas o al matar a otro.

La disposición de este concilio, que por otra parte se refiere a todos los clérigos, es en orden a la actividad judicial.

Prohíbe a los clérigos sentenciar sentencia capital o disminución de algún miembro.

Esto mismo aparecerá como veremos en Graciano, el cual por otra parte admite la tortura.

Entonces, la aplicación del tormento por la autoridad civil a instancia de la Iglesia, habrá que entenderla siempre dentro de estos límites ya que como concluiremos de Graciano, que a su vez recoge la tradición de la Iglesia, este jamás exigió el poder civil, cumplimiento de sentencias de muerte, o de disminución de miembros o sanguinosos, precisamente por esta constante prohibición a los clérigos en actividad que llevara effusio sanguinis.

Al hablar de prohibición de dar tales sentencias de disminución de miembros, evidentemente entran aquí las sentencias de tormento con lo que podemos concluir, como de hecho, así sucedió, baste recordar el "... citra membri diminutionem,... et mortis periculum" de la bula "ad estirpanda" que la admisión en la Iglesia y la aplicación de la tortura quedó siempre garantizado por unas limitaciones que jamás las encontramos en legislación alguna de la época, y esto tanto en la época anterior a la Inquisición como en la misma Inquisición.

Pues bien, el Concilio Londinense al que hacemos referencia dice así: "Ex concilis Eliberitano et Toletano X ut nullus episcopus vel abbas seu quilibet ex clero hominem occidendum vel membris truncandum iudicet..."<sup>57</sup>.

— Y en 1076 el C. Wintonense: "De clericis qui pugnaverunt, aut pugnandi gratia armati fuerunt, quia pugnasse eis illicitum erat secundum instituta canonum, ac si ni patria sua peccasset, poeniteant"<sup>58</sup>.

— Y concluimos con otro Concilio londinense del 1138 que recoge y se apoya en S. Nicolás: "His subiungimus quoque autoritatem Nicolai Papae dicentis... ita ridiculum et inconveniens est arma sustulere et ad bella procedere"<sup>59</sup>.

Con esto llegamos a Graciano, donde podríamos estudiar conjuntamente estos puntos: La Iglesia y la fuerza física, su ejecución y en concreto y determinada siempre en lo anterior como una expresión de la misma, la tortura en la fase judicial de las pruebas.

Otra de las cuestiones que podríamos ver es, cuál sea la mente de Graciano referente al derecho y sobre todo, al ejercicio de la fuerza física, por

<sup>57</sup> Concl. Londoniense, a. 1075, Hard, VI, 1558, D.

<sup>58</sup> Concl. Wintonense, a. 1075, Hard VI, 1562, A.

<sup>59</sup> Concl. Londoniense, can. 12, a. 1138, Hard VI/II, 1205, D.

lo que tiene de relación con la tortura y la Inquisición, en el poder sobre las sentencias de muerte, disminución de miembros, y otra cualquiera sentencia que lleve derramamiento de sangre.

Nos interesa el ejercicio sobre todo de estas actividades, pues de esto se solucionarán muchas dudas sobre el particular.

Recordamos la tradición constante de prohibición a los clérigos del ejercicio de la fuerza física dentro de la Iglesia.

¿Cuál es la mente de Graciano?

— En toda la Dist. L. de la primera parte del Decreto trata de la cuestión.

Y en la misma cuestión parece que hay marcada una evolución, pues comienza diciendo que no se puede promover al estado clerical, o a un grado más alto del clericalato al que hubiere matado a otro de cualquier manera que esto hubiera tenido lugar:

1.º “Qui homicidii facto aut praecepto aut concilio por baptismum conscius fuerit, clericus non ordinetur” (c. VIII).

2.º “Ad maiorem gradum provehi non potest clericus, qui paganum occiderit” (c. V).

3.º “Qui se deffendendo paganum occiderit, sacerdotali careat officio” (c. VI).

4.º “Episcopus, presbyter aut diáconus capitale crimen committens cadat ab officio” (c. VII).

Después admite que tanto los clérigos como los sacerdotes pueden volver a su grado y oficio:

1.º “Clerici post lapsum in cuius ordinibus reparari possunt” (c. XIV).

2.º “In pristinum gradum post penitentiam sacerdotes revocari possunt” (c. XV).

Y el medio de volver a adquirir el beneficio es la penitencia con lo que evidentemente se supone en tal actividad una mancha aunque solamente sea material, ya que puede darse el caso de no haber habido culpa moral, si es el caso de legítima defensa, con lo que tenemos la tradición de esta prohibición, confirmada en Graciano.

Y a los clérigos, cuando sus mujeres han cometido adulterio, se les prohíbe el castigarlas con la muerte, y sólo se les permite castigarlas con ayunos. “Clerici, si uxores eorum peccaverint, preter necem eas domi custodiant, et salutaria eas ieiunia cogant” (c. X).

Y por fin la prohibición tajante que es la repetición del Toledano XI: “Non licet agitare iudicium sanguinis qui sacramento Domini tractant”<sup>60</sup>.

Los otros dos puntos interesantes son: a) el valerse del poder civil para el ejercicio de la fuerza física, ya que no la ejerce por los clérigos, y b) la

<sup>60</sup> Decret. Grat., 2, 23, 8, 30. Frdbg I, 964.

abstención de cualquier actividad que lleve afusión de sangre, lo cual la Iglesia, no la hace ni con autoridad propia, ni con autoridad ajena.

Ambas conclusiones las tenemos en la C. XXIII, Q. VIII, c. 28.

“Licet ergo praelatis ecclesiae exemplo B. Gregorii ab imperatoribus vel quibuslibet ducibus defensionem fidelibus postulare. Licet etiam cum B. Leone quoslibet ad sui defensionem, contra adversarios sanctae fidei viriliter adhortari, atque ad vim infidelium procul arcendam quosque citare. Effusionem vero sanguinis nulli episcoporum sua vel imperatorum autoritate imperare licet”<sup>61</sup>.

ANTONIO REYES

---

<sup>61</sup> Decret. Grat., 2, 23, 8, 28. Frdbg I, 963.