

**LA TORTURA EN LAS SIETE PARTIDAS: LA PENA,
LA PRUEBA Y LA MAJESTAD. UN ANÁLISIS
SOBRE LA REINSTITUCIÓN DEL TORMENTO
EN LA LEGISLACIÓN CASTELLANA DEL SIGLO XIII***

DANIEL ALBERTO PANATERI **

CONICET

Universidad de Buenos Aires

Resumen

Nadie, de entre los historiadores del derecho, podría animarse a negar la presencia de fuentes romanas (en especial esa compilación tardía denominada *Corpus Iuris Civilis*) dentro de *Partidas*; con particular acento en el caso del *Digesto*. Por esto, en términos de su materialidad, lo que se presentará aquí será un trabajo de cotejo entre títulos específicos de las obras citadas y que refieren al tópico de la tortura. Por un lado, el título 18 del libro XLVIII del *Digesto* junto con el título 41 del libro IX del *Codex*. Del otro lado, el título 30 del libro VII de *Partidas*. Esta comparación buscará no tanto las equivalencias textuales (que son conscientemente obviadas por los redactores a pesar de conocer a la perfección los sistemas de citado) como el sentido último de introducir estos textos en el corpus legislativo castellano. En este sentido, lo que se buscará será plantear métodos posibles para sortear el problema de la intertextualidad en un mundo sin autores.

Palabras clave

Tortura – Derecho – Monarquía – Alfonso X – Castilla

Estudios de Historia de España, XIV (2012), pp. 83-108

* Fecha de recepción del artículo: 09/06/2011. Fecha de aceptación: 03/09/2011.

** Becario doctoral del IMHICIHU-CONICET e investigador de UBACyT. Dirección postal: Saavedra 15, 5º piso, (1083) C.A.B. A, Argentina. e-mail: danypana@gmail.com

Abstract

None of the historians of law would dare to deny the presence of Roman sources –especially the late compilation called *Corpus Iuris Civilis*– in *Partidas* and specially the case of *Digestum*. Thus, in terms of its materiality, what will be presented here will be a comparison between specific titles of the works mentioned above which refer to the topic of torture. On the one hand, we will analyze the 18th title of the book XLVIII of *Digestum* in contrast with the 41st title of Book IX of *Codex*. On the other hand, we will study the 30th title of Book VII of *Partidas*. This comparison will not be specially focused on textual equivalences –which are consciously overlooked by the drafters despite their perfect knowledge of the quotation systems– but on the ultimate significance that entails the introduction of these texts in the Castilian legislative framework and, specially, the return of torture as a conclusive proof. In this regard, our objective will be to expound possible methods to deal with the problem of intertextuality in a world without authors.

Key words

Torture – Law – Monarchy – Alfonso X – Castille

Introducción

No resulta una novedad decir que el proceso inquisitorial se desarrolla en la Europa Medieval después del siglo XIII, como tampoco lo es decir que la fuente que nutre dicho desarrollo es, esencialmente, Justiniano. Todo el proceso de compilación, que significó una nueva puesta en marcha del Derecho Común¹ –cabe subrayar– fue desarrollado a partir del trabajo de juristas, romanistas y canonistas que reinterpretaron y reelaboraron todos estos puntos que atañen al descubrimiento de las prácticas criminales. La evidencia de este trabajo de revisión está cons-

¹ Es necesario aclarar que más allá de la validez cierta de la afirmación, a los efectos prácticos de este análisis excluyo el *Corpus Iuris Canonici*.

tituida por la inmensidad de glosas y comentarios² al *Digestum*³ (libros 48 y 49), al *Codex*⁴ (libro 9), a las *Decretales* y al *Liber Sextus*.

El resultado, a grandes rasgos, fue la reinstauración de la tortura en los procesos judiciales llevados a cabo dentro de la jurisdicción real, o adonde fuera que se llamase el arbitrio del rey. Sin embargo, el propio despliegue de reinterpretación que marcamos no pudo reinstaurar *stricto sensu* la *quaestio* romana sino que, todo lo contrario, generó un nuevo universo de posibilidades jurídicas en las cuales aplicarlo. Precisamente será en la adaptación y asimilación de paradigmas jurídicos distintos y disímiles donde encontraremos la mayor riqueza del “renacimiento” de esta práctica.

En este sentido, nuestra intención primordial en este análisis será rastrear los modos en los que fue entendida la práctica judicial de la tortura en diversas compilaciones legales para poder entender mejor el punto de partida de este proceso en la Castilla del siglo XIII con su inclusión en las *Siete Partidas*. Algunas de las fuentes que usaremos con esta última intención serán: *Codex Theodosianus*, *Corpus Iuris Civilis*, *Lex Romana Visigothorum*, *Sententiae Pauli*, *Liber Iudiciorum*, *Ordenamientos de Nájera*, *Libro de los fueros de Castilla*, *Fuero Viejo de Castilla*, *Fuero Real*, *Espéculo*, *Leyes del Estilo*, *Siete Partidas*, *Ordenamiento de Alcalá*, etc.

Ahora bien, tratar con un tema de este calibre lleva a repensar algunas cuestiones clave del mundo político moderno. Hoy denominada ilegal por organismos internacionales y prohibida en todos los países de Occidente⁵, la tortura fue un elemento constitutivo, y de los más eficaces, en la construcción del Estado moderno.⁶

² Cf. Y. THOMAS, “Arracher la vérité, la Majesté et l’inquisition”, en R. JACOB (ed.), *Le juge et le jugement dans le tradition juridiques européennes*, coll. “Droit et société”, París, Librairie générale de droit et jurisprudence (1996).

³ Usaremos: *Digestum novum*. Libro XLVIII, tit. 18 (*de Quaestionibus*).

⁴ Usaremos: *Codex*. Libro IX, tit. 41 (*de Quaestionibus*).

⁵ Aunque parece que hay ciertas bases estadounidenses en el Caribe que son zonas liberadas de la convención de Ginebra.

⁶ H. MAISONNEUVE, *Etudes sur les origines de l’inquisition*, 2ª ed., París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1960, pp. 156 y ss. También se pueden nombrar: J. CHIFFOLEAU, “Sur la

De proceso especial, en oposición al procedimiento “regular” del sistema acusatorio⁷, la tortura, centro del sistema inquisitorial, pasó, en gran parte de la Europa occidental, a constituir moneda corriente en los casos de herejía. Desde el punto de vista civil, que es el que realmente nos interesa, éste último crimen era homologado al de Lesa Majestad y en virtud de esto se aplicaba el tormento. En este sentido, asistimos a una historia Moderna marcada en su cotidianeidad por la tortura, como proceso aceptado, junto a una capacidad de extensión de la misma a todos los sectores sociales componentes.

Ahora bien, podemos pensar entonces una Edad Media monstruosa y diametralmente opuesta a nuestro mundo garantista y constitucional. Podemos criticar la reinstauración de la tortura en sí, que podría pensarse como producto de la reinstauración del derecho romano, el cual funcionaba como un axioma legitimador de cualquier cosa entendida como legal⁸ o podemos hacer el esfuerzo por entender el contexto en el cual esta práctica, a toda vista inhumana, fue aceptada. En este último caso, entender la Edad Media y sus desarrollos no implica consentir la práctica de la tortura, sino generar una visión historiográfica de las razones por las cuales se decidió hacer esto. En este sentido, si debemos ensayar una pregunta dable para este trabajo, la misma podría ser: ¿hasta qué punto se puede asegurar que adoptar el derecho romano implica necesariamente adoptar la tortura como una forma de prueba de la verdad judicial?

I

Intentar abarcar la totalidad de obras jurídicas que se dedicaron a recoger, compilar y reglamentar la violencia física como método de

pratique et la conjoncture de l'aveu judiciaire en France du XIII au XV siècle”, en *L'aveu. Antiquité, Moyen Age*, Roma (1986), pp. 89-117; “Dire l'indécible. Remarques sur la catégorie du nefandum du XII au XV siècle”, *Annales ESC* (1990) pp. 289-234; y “Sur le crime de Majesté médiéval”, en *Genèse de l'Etat moderne en Méditerranée*, Roma (1993), pp. 183-213.

⁷ Cf. THOMAS *op. cit.*

⁸ W. ULLMANN, “Reflections on Medieval Torture”, en *Juridical Review* 56 (1944), pp. 123-137.

averiguación de la verdad judicial en la península ibérica resulta *a priori* una tarea trunca. El principio evidente de este talón de Aquiles de los investigadores del derecho es que el incansable intento de parte de los sectores de poder de legitimar su lugar llevó a una constante de ejercicios compilatorios de los diversos códigos que gozaron de completa autoridad en diversas épocas. Por otra parte, con el devenir de los siglos el propio sistema de *fora* hizo imposible cualquier acercamiento que abarcara la totalidad existente. Sin embargo, o a pesar de esto, tenemos un gran archivo documental que puede ilustrar, aunque de modo general, una dinámica de cómo la tortura fue legislada en la península ibérica desde el tardo imperio hasta épocas actuales, con la excepción del período comprendido entre el siglo VIII y el XII/XIII. En este sentido, intentaremos abarcar hitos de los procesos compilatorios europeos para demostrar nuestras hipótesis, a saber: no es posible ilustrar una dinámica consciente de constricción en la legislación del tormento por parte de los reinos visigóticos; la recuperación del Derecho Romano implicó, en el caso castellano, la reinstauración de la tortura en los procedimientos judiciales, pero esto no obedeció a un simple mecanismo de exposición de la cultura clásica de parte del rey Alfonso sino que fue un procedimiento específico que tenía objetivos políticos claros y conscientes; las contradicciones entre la compilación original y las posteriores demuestran las tensiones histórico-culturales que la adopción del Derecho Romano generó en la Edad Media; el trabajo de los juristas y la aplicación política del instituto de la tortura demuestran objetivos distintos y, asimismo, la independencia relativa de ambos sectores entre sí; por último, en la barrera, siempre difusa, que divide el tormento del suplicio encontramos un punto de anclaje del proceso de generalización del crimen de Lesa Majestad.

Para poder acomodar la narración, voy a plantear dos momentos, contruidos muy a grandes rasgos, del desarrollo de este instituto jurídico en la Europa occidental.⁹ Por un lado, la simple puesta por escrito

⁹ En este punto seguiremos, de manera modélica, el estudio ya clásico expuesto por G. MARTÍNEZ DÍEZ, "La tortura judicial en la legislación histórica española", en *A.H.D.E.*, XXXII (1962), pp. 223-300.

de la tortura en los códigos propiamente romanos tardo imperiales. Del otro costado, la recepción de Derecho Romano por parte de la escuela de Bolonia y su reintroducción en los compendios bajo medievales. Cabe aclarar que no vamos a reconstruir el camino de este instituto jurídico dentro del mundo romano desde la república, momento en el cual tenemos la primera noticia¹⁰ de dicha práctica, donde sólo los esclavos eran torturables, hasta la llegada del *Corpus Iuris*, donde hasta los senadores eran pasibles de tortura en lo que a la Lesa Majestad correspondía. En este sentido, marcaremos el primer paso con la manera en la que el código teodosiano legislaba la *quaestio*.

En el *Codex Theodosianus* aparecen al menos veintiuna constituciones imperiales de los años 312 a 423. Las mismas se distribuyen en quince títulos y todas tratan por entero, mencionan o reglamentan la tortura, la cual suponemos ya existente y en funcionamiento.¹¹ Un primer punto a tener en cuenta es la legislación en torno a las personas que mantenían el status jurídico de esclavo. En este caso, hay sólo una ley dedicada a regular la práctica en ellos y que se encuentra supeditada a encontrar la verdad en caso de adulterio. Así, sólo el marido puede considerar el interrogatorio bajo tormento tanto en los de su propiedad como en los de su cónyuge. Mientras que en caso de intento de homicidio esta posibilidad se da para ambos esposos.¹² Ahora bien, el resto de la compilación trata directamente sobre la regulación de la tortura en ciudadanos y demás hombres libres, con la inclusión de excepciones: *honestiores*, *clarissimi*, *eminentissimi*, *perfectissimi*, decuriones, caballeros y soldados.¹³ Sin embargo, existe un principio rastreable en las futuras compilaciones y que será basal para pensar la tortura en el seno de la construcción de un poder vertical: lo que podr-

¹⁰ Cf. A. SCHIAVONE, *Ius, la invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2009.

¹¹ 1,34,3; 8,1,4; 8,1,9; 9,1,14; 9,1,19; 9,2,1; 9,5,1; 9,7,4; 9,16,6; 9,19,1; 9,21,2; 9,35,1; 9,35,2; 9,35,3; 9,35,6; 9,37,2; 9,37,4; 11,39,10; 12,1,47; 13,9,2; 13,9,3. En algunos casos, como en 9, 3,1 la noción de *quaestio* parece responder al proceso judicial por entero y no específicamente a la tortura.

¹² C. Th. 9, 7, 4.

¹³ MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, pp. 225-26.

íamos llamar una tensión entre las excepciones y la derogación *in situ* de dichas diferencias. En este caso, como ya adelantamos, el crimen de Lesa Majestad era el protagonista de dicha tensión aunque, todavía, podemos ver otros elementos que limitaban la excepción pero que, al menos en el texto, no se justificaban en la propia Majestad, como pueden ser la magia y las falsificaciones de moneda y documentos. Más allá de la prerrogativa imperial hacia fines del siglo III la excepción a la tortura en los *eminentissimi* y *perfectissimi* con su descendencia hasta la tercera generación había quedado asegurada.¹⁴

En este mismo código encontramos la semilla de un desarrollo jurídico posterior y, a la vez, el inicio de un conflicto conceptual en torno a la verdadera naturaleza de la *quaestio*. Cuando aparecía un proceso de tortura iniciado por la sospecha de un ataque a la *Maiestas* dicho caso debía proceder según lo dispuesto y, como no había excepciones, en el caso de que no hubiera sido posible probar la acusación, la parte demandante debía ser sometida a tormento.¹⁵ De un lado, tenemos un principio conceptual de la *inscriptio*, institución jurídica que veremos más adelante; por el otro lado, aparece el principio de un conflicto de indefinición que estará presente en la propia noción de *quaestio* usada en todas las compilaciones legales posteriores: tormento como prueba o como pena.¹⁶

El texto deja ver un problema en marcha. Mientras que, a medida que pasan los años, las constituciones van cerrando cada vez más el círculo de excepción, por ejemplo con los *numerarii/tabularii* en el 334/365¹⁷, con el pretorio imperial¹⁸, etc., a la vez aparecen las prime-

¹⁴ C. Th. 9, 41, 11. En realidad en esta ley aparecen los decuriones también pero hacia el 316 será derogado este principio para este sector social y pasarán a ser pasibles de tortura.

¹⁵ C. Th. 9, 5, 1: *Si quis alicui maiestatis crimen intenderit, cum in huiusmodi re convictus minime quisquam privilegio dignitatis alicuius a strictiore inquisitione defendatur, sciat se quoque tormentis, esse subdendum, si aliis manifestis indicibus accusationem suam non poterit comprobare.*

¹⁶ Este elemento, que volveremos a señalar en la medida en que se vaya haciendo cada vez más visible, lo desarrollaremos con mejor definición hacia el final en el contexto de la reflexión.

¹⁷ C. Th. 8, 1, 4 y 8, 1, 9 respectivamente. Luego se confirma en el 423 a través de 1, 34, 3.

ras formas de control sobre los jueces que aplican dicha práctica.¹⁹ En este camino de idas y vueltas los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano establecen en el 369 que para torturar a los exceptuados se deberá solicitar el permiso del emperador.²⁰ El caso del clero es aleccionador. Mientras los sectores altos permanecían incólumes los rangos inferiores a los presbíteros se sometían a las leyes comunes.²¹ Con este último elemento podemos ver cómo en el caso de los *humiliores* la tortura era admisible para los que eran testigos y no reos.²²

En el año 383 aparece un aspecto formal que proporcionó la base para una futura morigeración del uso del tormento en el *Liber Iudiciorum*²³: la *inscriptio*. Éste elemento debía preceder toda acusación grave y proponía que de no poder probar la acusación el demandante se comprometía a recibir la pena pretendida para el acusado.²⁴

Pasemos entonces al ámbito visigodo. En la *Lex Romana Visigothorum*, o *Breviario de Alarico*, sólo aparecerán nueve de las veintiuna constituciones originales.²⁵

Un primer caso para resaltar es el hecho de que no existe ningún tipo de excepción para la aplicación de la *quaestio* a los *honestiores*. Sólo se recomendará a los jueces tener cierto cuidado con la curia municipal.²⁶ Lo que esto parece indicar es la posibilidad de la *interpretatio* del juez.²⁷

¹⁸ C. Th. 9,16,6.

¹⁹ C. Th. 12,1,47.

²⁰ C. Th. 9,35,1.

²¹ C. Th. 11, 39, 10.

²² C. Th. 9,37,4.

²³ MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 228.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Brev. 1,11,2 (C. Th. 1,34,3); 9, 1, 8 (C. Th. 9, 1, 14); 9, 1, 11 (C. Th. 9, 1, 19); 9, 4, 3 (C. Th. 9, 7, 4); 9,15, 1 (C. Th. 9, 19, 1); 9, 27, 2 (C. Th. 9, 37, 2); 9,27, 3 (C. Th. 9, 37, 4); 11, 14, 5 (C. Th. 11, 39, 10); 12, 1, 5 (C. Th. 12, 1, 47).

²⁶ MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 229.

²⁷ Brev. 12, 1, 5 y 9, 15, 1.

En lo referido a los casos de homicidio o adulterio de los cónyuges, y en lo concerniente a la aplicación del tormento a sectores del clero, alto y bajo según lo que corresponda, se mantiene lo dispuesto en el *Código Teodosiano*.²⁸ Habrá dos leyes que remarquen la necesidad de *inscriptio*.²⁹

Como concluye Martínez Díez en un ya clásico trabajo:

“El sistema normativo del Breviario es un sistema simplificado que refleja el último estadio de evolución del instituto, [...]. Su tendencia, [...], [en lo que refiere al tópico de la tortura], es más bien vulgarizadora que innovadora”.³⁰

Serán en realidad las *Sententiae Pauli* las que den un paso fundamental en materia de regulación de la tortura.

Por principio, establece que no se debe usar la tortura para causas que no sean criminales o hereditarias y excluye las pecuniarias, aunque posteriormente volverán a resurgir.³¹ Otro punto de importancia es que aparecen por primera vez prescripciones al juez en lo concerniente al modo de proceder en un caso donde pueda ejercerse la tortura,³² cuestión que retomaremos cuando veamos las *Siete Partidas*. También se denota la excepción a las embarazadas, aunque cuando hay *Crimen Laesae Maiestatis* todos caen bajo el mismo filo.³³

Se encuentra la posibilidad de *apellare* que detiene el proceso inquisitivo incluyendo el tormento, pero este procedimiento estaba regulado por una serie de casos específicos, así:

“Hac lege excipiuntur, qui artem Iudicam faciunt; iudicati etiam et confessi; et qui ideo in carcerem duci iubentur, quod ius dicenti non

²⁸ Brev. 9, 4, 3 y 11, 14, 5.

²⁹ Brev. 9, 1, 8 y 9, 1, 11.

³⁰ MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 230.

³¹ Brev. Sent. Pauli 5,17,6.

³² Brev. Sent. Pauli 5, 16, 1: *in criminalibus eruendis quaestio quidem adhibetur, sed non statim a tormentis incipiendum est: ideo prius, argumentis quarendum est, et si suspitione aliqua reus urgeatur, adhibitis tormentis de soccis et sceleribus suis confiteri compellitur.*

³³ Brev. Sent. Pauli 1, 12,4 y 5,31,2.

obtemperaverint quidve contra disciplinam publicam fecerint; tribuni etiam militum et praefecti classium alarumve, ut sine aliquo impedimento legis Iuliae per eos militare delictum coerceri possit”.³⁴

En lo referido a los esclavos, aparecen diecisiete disposiciones que regulan la práctica. Así, se permite que se realice el tormento cuando el señor murió y los siervos estaban con él.³⁵ Contrariamente, no se pueden torturar cuando se busca acusar al *dominus*.³⁶

La contraposición de este modo de compilar estará propuesta por el *Liber Iudiciorum*. Este compendio regulará de manera muy activa el instituto de la *quaestio* a través de trece disposiciones. De éstas, cuatro serán *Antiquae*,³⁷ siete leyes de Chindasvinto,³⁸ una de Recesvinto,³⁹ y una *Novella* de Égica.⁴⁰

En las primeras dos se encuentra bien definida la *inscriptio*. En las segundas está la posibilidad de la tortura *in capite dominorum*, lo cual constituye una novedad hasta el momento. Por supuesto, esto se aplicaba en casos criminales muy extremos y al siervo le correspondía una pena tremenda en caso de actuar de “mala fe”. De cualquier modo, el sistema de penas estaba muy regulado según fuese el modo de participación del siervo en el delito.⁴¹

³⁴ Brev. Sent. Pauli 5, 28, 2.

³⁵ Brev. Sent. Pauli 3, 7, 1-9.

³⁶ Brev. Sent. Pauli 1, 12, 3. En las subsiguientes se extiende esta disposición para con los ex dueños y co dueños (5, 18, 5 y 5, 18, 8 respectivamente). Claro que hay disposiciones frente ante el *fraude legis*, esto era cuando se compraba específicamente un siervo para evitar que atestiguase. 5, 18, 7 y 5, 18, 9.

³⁷ L.I. 6, 1, 4; 7,1,1; 7,1,5 y 7,6,1.

³⁸ L.I. 2,3,4; 2,4,4; 3,4,13; 6,1,2; 6,1,5:6,2,1 y 6,5,12.

³⁹ L.I. 7, 2, 23.

⁴⁰ L.I. 6, 1, 3.

⁴¹ L.I. 6, 1, 4. *ita ut servi vel ancille pro talibus criminibus torti, si conscii et occultatores sceleris dominorum puniantur. Certe si sua isponte indices veritatis extiterint, sufficiat eis, quod pro veritatis indagine questioni subditi tormenta pertulerint, a mortis tamen periculo habeantur immunes. Servus autem vel ancilla in tormentis positi et de se interrogati si etiam de dominis sint confessi, et fuerit culpa mortalis hac declaratis signis potuerit adprobri eadem mortis censura multentur, qua eorum domini fuerint condemnati.*

De romano sólo quedará la *quaestio* en sí, ya que con Chindasvinto aparece toda una nueva formulación de la tortura en los hombres libres.⁴²

En este caso, todos los hombres libres eran torturables. Sin embargo, para que esto se cumpliera en hombres nobles y servidores de palacio el acusador debía poseer un rango igual o mayor. En caso de que esta condición no existiera, el acusado tenía la posibilidad de salir de la acusación con un juramento purgatorio.⁴³ Claro está que el delito debía ser considerado capital, ya que sino no se podía torturar a un hombre libre, sin embargo un elemento peculiar es el hecho de que vuelve a aparecer el crimen pecuniario en este reducido grupo.⁴⁴ Además, el pedido de tortura de parte del demandante debía ir adjuntado a la *inscriptio* que tenía que estar signada por tres testigos. Así la *inscriptio* pasa a constituir una “demanda complementaria” que no será necesaria para realizar el proceso pero sí para llegar a la tortura, cuando ésta sea el único medio de probar aquello que no ha sido logrado probar de manera regular.

Lo que surgió con Chindasvinto fue la doble garantía que se planteaba al momento de firmar la *inscriptio*. A la formalidad de tener tres testigos se sumaba el carácter secreto de esta demanda, por lo cual el demandado debía reproducir casi al pie de la letra lo que el acusador dijera sin conocer el contenido de la mencionada *inscriptio*. En caso de que el acusado se enterase de lo que decía la demanda, la tortura era desestimada como procedimiento posible. En caso de que el reo no replicara la *inscriptio* o resistiera a la tortura quedaba automáticamente en libertad y el acusador pasaba a quedar “en poder” del antiguo acusado, que podía disponer a su gusto del enemigo excepto quitándole la vida.⁴⁵ Así, en esta confrontación entre *inscriptio* y *professio*, hecho desconocido en el mundo jurídico romano, la tortura pasaba a

⁴² MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 236.

⁴³ L.I. 6, 2, 1.

⁴⁴ L.I. 6, 1, 2. En esta disposición aparece la cifra concreta por la cual se consideraba crimen capital el robo.

⁴⁵ L.I. 6, 1, 2.

ser una opción, necesariamente, sobre una seguridad absoluta del crimen, con la supuesta consecuencia de una baja en la frecuencia en el uso.⁴⁶

En lo referido a los siervos ya no encontramos problemas para que testifiquen contra su señor –vimos este principio más arriba– y sólo se les tomará testimonio fiable con tortura, sin la necesidad de que sean los reos bajo proceso.⁴⁷

Con la llegada de Ervigio reaparecen las excepciones para los nobles, como grupo en general sin distinción, en lo referido a las causas pecuniarias. En cuestiones capitales bastará el juramento purgatorio.⁴⁸ Asimismo, ésta no fue la única restricción a la tortura llevada a cabo por Ervigio. En lo referido a los testigos sin demanda fue suprimida hasta para los siervos, a su vez elevó la cuantía de los crímenes pecuniarios y reforzó sanciones por uso abusivo de la *quaestio*.⁴⁹ De este modo, entre Chindasvinto y Ervigio parece haber una tendencia a la constricción del uso de la violencia física como forma de prueba en los procesos judiciales. Sin embargo, esta aparente sintonía se rompe con la llegada de Égica (698-702) quien no sólo termina por borrar un piso mínimo de cuantía en lo referido a crímenes pecuniarios sino que instaura la prueba ordálica caldaria como primera, quizás última, instancia de prueba en todas las causas criminales y luego pasar a la tortura en caso de que la prueba del agua caliente resultase desfavorable.⁵⁰

Este punto vale para detenerse. Las pruebas ordálicas, más allá de su origen étnico, venían a poner en primer plano una sentencia indiscutible: la de Dios.⁵¹ Esta forma de verlas como un paso previo a la tortura lo que pone en evidencia es lo incompleto del dictamen divino. En efecto, si la prueba ordálica resultó desfavorable para quien la padeció, según los procedimientos habituales, no habría una nueva ins-

⁴⁶ MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 239.

⁴⁷ L.I. 2, 4, 4. En el caso de que los siervos fueran palatinos se aplicarían las mismas leyes que a los hombres libres.

⁴⁸ L.I. 6, 1, 2.

⁴⁹ MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 248.

⁵¹ Cfr. R. BARTLETT, *Trial by fire and water*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

tancia para probar la culpabilidad. La única excepción admisible sería que la tortura aparezca para que exponga a posibles cómplices, cuestión que se establece. Por tanto, esta nueva resemantización de la prueba ordálica aparece como un ítem a tener en cuenta –quizás en futuros trabajos–. Pero en el presente trabajo sería una rama sin solución a efectos de lo que queremos decir.

Ahora dejamos a un lado la pequeña digresión.

Lo que encontramos es que esta “regresión”, en lo concerniente al proceso de constricción del uso de la tortura judicial, parece no haberse extendido demasiado en el tiempo.

Ya en los albores del arribo musulmán perdemos cuenta de alguna gran compilación; del otro lado, las pruebas que nos otorgan los fueros, que aparecen en el proceso de reconquista, no hablan de la tortura. En este sentido, vemos una interrupción en el camino y en medio de él se ha perdido la práctica de la *quaestio*. De manera preliminar, podemos ensayar una explicación si tenemos en cuenta el hecho de que, acuartelados y reducidos en espacio y recursos, los sectores de poder no tenían la posibilidad de establecer un sistema de justicia extendido y con procedimientos complejos y aceitados tal y como lo necesita la tortura en el sentido judicial del término. Además, la falta de funcionarios especializados podría sumar infortunios y para el siglo VIII el derecho romano era mero producto exótico sin asidero real en la sociedad.

II

El derecho consuetudinario de la Alta Edad Media no conoce la tortura.⁵² Esta aseveración responde al proceso de disgregación de la unidad jurídica visigótica, la cual no responde a un problema de tradición sino a la pérdida del *Liber* como objeto-libro que contenía un sentido verdadero que luego se vio diseminado. Será con la reconquista que se recupere, de manera fragmentaria, la tradición mutilada. Así, como especifica Marta Madero: “Los fueros reflejan como

⁵² MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 249.

un espejo quebrado el recuerdo de una ley original pues el entendimiento no es sino uno”.⁵³ De este modo, Alfonso X se propondrá eliminar la contradicción y elucidar la *ratio* de la ley que no es más que una, siempre.

El sello romanista de toda la obra alfonsí se puede vislumbrar desde su primer compendio: el *Espéculo*.⁵⁴

“[los siervos], deven seer creydos quando lo dixieren por algún tormento que les den, porque los siervos son así como desanparados por la servidumbre en que son e debe ome sospechar que dirien mas ayna mentira, e enconcrerien la verdat, si alguna premia no les diesen. E esta pena dezimos, que debe seer fecha de manera, que non sepa porque gela dan, así como dixiemos en el título de los tormentos”.⁵⁵

Podemos afirmar entonces que es con Alfonso el Sabio y su obra legal, con quien la tortura vuelve a aparecer en el terreno ibérico. Lo

⁵³ M. MADERO, *Las verdades de los hechos. Proceso, juez y testimonios en la Castilla del siglo XIII*. Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2004, p. 18.

⁵⁴ La edición utilizada es: R. MACDONALD, (ed.), *Espéculo*, Madison, 1990. No podemos avanzar sin reconocer lo parcialmente problemático de la afirmación. La incompletitud con la que los manuscritos han llegado a nuestros días nos sume en un problema, cuya resolución, un tanto lejana, es cuando menos una condición de interpretación, según Marta Madero. En este sentido, no intentaremos determinar la cronología exacta de las obras ni fundamentaremos nuestra decisión pero debemos recomendar para este fascinante problema: R. MACDONALD, “El *Espéculo* atribuido a Alfonso X, su edición y problemas que plantea”, en Antonio Pérez Martín (ed.), *España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia, 26-28 de marzo de 1985, publicado en Murcia (1986) pp. 611-654. También, J. CRADDOCK, “La cronología de las obras legislativas de Alfonso el Sabio”, en *A.H.D. E.*, 51 (1981). A su vez, se puede adicionar, para un estudio completo de la obra legislativa de Alfonso el clásico texto de: J. CRADDOCK, *The Legislative Works of Alfonso X, “el Sabio”. A critical bibliography*, Londres, Grant & Cutler, 1986. A su vez, otras contribuciones de sumo interés pueden ser: A. IGLESIA FERREIRÓS, “La labor legislativa de Alfonso X, el Sabio”, pp. 275-601; A. GARCÍA Y GARCÍA, “La tradición manuscrita de las *Siete Partidas*”, pp. 655-700, ambas publicaciones recogidas en PÉREZ MARTÍN (ed.), *España y Europa, op. cit.* Por supuesto que esto es sólo bibliografía indicativa, en esta temática la profusión de trabajos nos podría conducir a una interminable labor de cita.

⁵⁵ *Espéculo* 4, 7,1.

que expresa la reinstauración de este instituto es la recepción romanista del siglo XII que a mediados del siglo XIII alcanza a *Espanna*.⁵⁶

A lo largo de su obra, Alfonso dedica al menos nueve leyes a regular la práctica de la tortura y en otras trece leyes más nombra o recalca la función del juez y la posibilidad de su aplicación.⁵⁷

Sin embargo, en lo referido al tormento parece que el proceso compilatorio muestra una observancia absoluta sobre el Derecho Común tal como fue elaborado por romanistas y canonistas del siglo XII. Un ejemplo puede venir de la mano de la testificación de un siervo contra su señor. En este caso, Alfonso mantiene la misma idea que la compilación romana: “Ex quibus causis quaestio de servia adversus dominos haberi non debet, ex hia causis nec quidem interrogationem valere; et multo minus indicia servorum contra domines admittenda sunt”.⁵⁸

De tal modo que: “Si ouieren a algun ome acusado sobre algun yerro que le pusiesen que auia feecho, non puede el juez meter a tormento al sieruo del acusado que diga testimonio contra su señor [...]”.⁵⁹

El punto crítico que se abre sirve para pensar la razón de reinstaurar una práctica que más allá de estar en desuso va en contra de la mo-

⁵⁶ Los trabajos sobre este fenómeno no menguan, pero no es mi intención más que nombrarlo para poder dar el marco de la reinstauración de la tortura. Se pueden ver los clásicos de E. CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992; *Il diritto nella storia medievale*, 2 vol., Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995-1996.

⁵⁷ Excepto previa aclaración, la edición que utilizaremos en todos los casos será: *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López*, Edición de Salamanca, 1555 por Andrea de Portonariis (reproducción del Boletín Oficial del Estado, 1974). Regula la práctica de manera directa: VII, 30,1; VII, 30,2; VII, 30,3; VII, 30,4; VII, 30,5; VII, 30,6; VII, 30,7; VII, 30,8; VII, 30,9. De modo indirecto: II, 9,20; II, 21,24; III, 11,10; III, 13,3; III, 13,5; III, 14,4; III, 16,8; III, 16,13; III, 16,42; III, 23,13; VII, 1,26; VII, 29,7; VII, 31,7.

⁵⁸ *Digestum novum*, XLVIII, 18, 9,1. Las ediciones usadas son: *Corpus Iuris Civiles*, vol. I, TH. MOMMSEN y P. KRÜGER, (eds.), Berlin: Weidman 1973 (1872); vol. II, P. KRÜGER, (ed.), Berlin, Weidman 1967 (1877); vol. III, R. SCHÖLL y W. KROLL, (eds.), Berlin, Weidman 1963 (1895).

⁵⁹ *Partidas*, VII, 30,6. Aunque sólo utilizamos este ejemplo, la obra presenta grandes similitudes.

deración cristiana⁶⁰ que sí encontramos en el resto de *Partidas*. Lo que podemos ver es el esfuerzo de adaptación y justificación de esta nueva puesta en práctica:

“Cometen los omes a fazer grandes yerros, e malos encubiertamente, de manera que non pueden ser sabidos, nin prouados. E pordende touieron por bien los sabios antiguos que fiziessen tormentar a os omes porque pudiessen saber la verdad ende ellos”.⁶¹

Es dable pensar que este modo de proceder es en sí mismo el que ilustra la manera en la que el rey representa la justicia:

“Alguazil, llaman en Arauigo aquel que ha de prender, e de justiciar los omes, es la corte del Rey por su mandado o de los juezes, que judgan los pleitos: mas los latinos llamanle justicia, que es nome que couiene assaz, al que tal oficio tiene: porque deue ser muy derechoero en la conplir”.⁶²

En este sentido, se demuestra que la justicia se basa en la virtud y en condición de ésta conocer la verdad instituye la noción de autoridad. Así, la práctica judicial de la tortura parece ser un medio agraciado para establecer la penalidad como forma de modificación de la lógica vindicatoria.⁶³

Asimismo, más adelante el rey establece que:

Tormento es una manera de prueua que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodrinar y saber la verdad, de los fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin prouados por otra manera. E tienen muy gran pro para cumplir la justicia. Ca por los tormentos los judgadores saben muchas vezes la verdad, [...] .⁶⁴

Cf. M. MADERO, “Formas de Justicia en la obra jurídica de Alfonso X El Sabio”. *Hispania*, LVI, Núm. 193. (1996); también aparece la misma fórmula en MARTÍNEZ DÍEZ, *op. cit.*, p. 254.

⁶¹ P. VII, 30, proemio.

⁶² P. II, 9, 20.

⁶³ El tema, en parte es trabajado por MADERO, “Formas de justicia”, *op. cit.*

⁶⁴ P. VII, 30,1.

Este pasaje parece por momentos contradictorio, ya que justifica el uso de la tortura por el amor. En este sentido, se denota la representación de la justicia, según Alfonso, como amor.⁶⁵ Aquí se mezclan nociones cristianas con las propiamente romanas.

Otro punto de diferencia con respecto a las anteriores compilaciones está puesto en el ítem de las excepciones. En esta temática Alfonso despliega un sistema de adaptación a su momento de las antiguas inmunidades de las que gozaban ciertos sectores de la sociedad tardo imperial y tardo antigua. Así, los hombres libres estaban lejos de ser iguales y la nobleza, la posición social/laboral y el nivel de estudio fundaban diferencias:

“Otro sí dezimos que non deuen meter a tormento a ninguno que sea menor de catorze años, nin a cauallero, nin a maestro de las leyes, o de otro saber, nin a ome que fuese consejero señaladamente del Rey, o del común de alguna ciudad, o villa del Rey, nin a los fijos destos sobredichos seyendo los fijos de buena fama, [...]”.⁶⁶

En este mismo pasaje se hace mención de que si hay cargo de falso documento los funcionarios del rey no se encuentran exceptuados, en caso de que estuviese bien fundada la sospecha.⁶⁷ Además, todas las inmunidades cesaban frente al crimen de Lesa Majestad.⁶⁸ Una modificación interesante es la de la aplicación del tormento no sólo en cuestiones penales sino también en casos civiles, aún para los testigos. Siempre sujeto a la consideración del juez.⁶⁹ También sujeto a la fama del testigo.⁷⁰ De cualquier manera, a modo de seguridad, no se podía efectuar tormento excepto que el juez lo ordenase de manera directa y fundando la decisión en sospechas o hechos concretos.⁷¹ La concep-

⁶⁵ Para esta idea. Cf. MADERO, “Formas de justicia”, *op. cit.*

⁶⁶ P. VII, 30,2.

⁶⁷ *Ibidem*. Esta ley se corresponde con el C. 9, 22, 21.

⁶⁸ P. II, 21,4.

⁶⁹ P. III, 11,10; VII, 16,42 y VII, 30,8.

⁷⁰ El problema de las formas en las que se presenta la prueba es largo y nos excede en este estudio. Recomendamos MADERO, *Las verdades de los hechos*, *op. cit.* en su totalidad, para el caso de la fama, en especial: pp. 62-70.

⁷¹ P. VII, 30, 2.

ción que subyace en el obrar de juez es el principio: *Iudex non potest de facto supplere*. En su posición debe poder ver la verdad tal y como es presentada.

Partidas admite la posibilidad de apelar. En este sentido, frente a la orden de tortura, que se decreta sólo en la *sententia interlocutoria* del proceso general,⁷² el que recibía la tortura se podía *alçar*.⁷³

Tanto en *Partidas* como en el *Espéculo* debe haber doble concurrencia para iniciar tormento, indicio y mala fama.⁷⁴ Con respecto a esto, la glosa de Gregorio López parece que no hace más que reforzar este punto: *Vides hic quod fama sola de per se sufficit ad torturam*.⁷⁵ Sin embargo, basándose en Bártolo y Baldo desarrolla que:

“[a pesar de lo dicho], debemus tamen considerare illa indicia, illas praesumptiones, ex quibus fama traxit originem, qualiter vrgeant, fecundum qualitatem earum fama sufficiet, [...], [refiriéndose a la glosa de Baldo], incipit quaeritur an per solam diffamationem, ubi dicit quod tunc ad tormenta venit per publicam quando publica fama orta est ex probabilibus causis, ex quibus surgunt indicia ad toturam, dicitur origo ex probabilibus causis, quae inducunt populum ad sic credendum, vel dicendum, alias non esset fama, fed magisvana vox populi quae non debet exaudiri lege decurioneum”.⁷⁶

De este modo, parece que expresa la misma idea que formula Cino da Pistoia por la cual: *in criminalibus non est quis damnandus ex suspicionibus, sed ex probationibus luce clarioribus*.⁷⁷ En este sentido, tal y como expresa Ullmann a lo largo de todo el artículo ya citado, quizás los jueces hubieran prestado más atención a la producción de los juristas –que daban forma nueva, siempre respetando la *ratio*, a la antigua ley– que al código en sí que comportaba cierta inaplicabilidad en determinados casos.

⁷² ULLMANN, *op. cit.*, p. 125.

⁷³ P. III, 23,13.

⁷⁴ P. VII, 1,26.

⁷⁵ Glosa de López *ad verbum* Fama, P. VII, 30, 3.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cino, *Lec.C.* IV, 19,23, n° 2, fol. 216 v.

Un punto que Alfonso agrega con cierta originalidad es el de la técnica de tortura, para la cual el rey Sabio admite sólo dos.⁷⁸ Asimismo, regula el procedimiento completo con gran detalle, para la época. Aunque también es cierto que algunas ideas son textuales del Digesto.⁷⁹

Un elemento que aparece con marcada vehemencia en la obra de Alfonso es el de la necesaria confirmación de la confesión hecha bajo tortura. Este es uno de los puntos moderadores, en la opinión de Walter Ullmann, de la práctica de la tortura en el sistema judicial medieval.⁸⁰ En este sentido, tanto Martínez Díez,⁸¹ quizás sin pretenderlo, y Ullmann⁸² consiguen ver que el proceso judicial de la tortura en el siglo XIII propone desde el inicio la posibilidad de determinar la inocencia del reo atormentado a través de un sistema de confirmación post tortura y, en caso de haber contradicción, nuevas torturas pero mediadas por al menos diez días y repetibles sólo en una cantidad relativamente corta de tiempo. Asimismo, en *Partidas* mucho más que en los códigos romanos, se hace hincapié en los controles y castigos que se impondrán al juez que obre de “mala fe”.⁸³

En lo referido a los siervos, *Partidas* sigue la lógica expuesta en el *Éspeculo* que más arriba citamos. Asimismo, es coincidente con el Derecho Común en tanto que los siervos sólo deben ser admitidos como testigos mediando tormento. De cualquier modo, la diferencia numérica de las leyes que se ocupan de ellos no hace menos que arrojanos un indicio ya sabido, el del paulatino pero concreto abandono de la servidumbre en el siglo XIII, aunque lo que resalta entre ambas definiciones es que en Alfonso no parece haber una concepción instrumental del siervo.⁸⁴ En el caso del testimonio del siervo *in capite dominorum*, si bien Alfonso sigue el principio romano coloca una se-

⁷⁸ P. VII, 30,1.

⁷⁹ P. VII, 30,3; VII, 30,4 y VII, 30,5.

⁸⁰ ULLMANN, *op. cit.*, p. 130.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 259-60.

⁸² *Ibidem*, p. 134.

⁸³ P. VII, 30,4.

⁸⁴ P. III, 16,13.

rie de excepciones que permiten esta acción cuando refieren a crímenes contra la Majestad, entendida en sentido amplio (alta traición, falsificación de moneda o documentos reales, adulterio,⁸⁵ robo de tesoro real, homicidio, etc.).⁸⁶

En resumen, *Partidas* viene a restituir el orden jurídico a partir del Derecho Romano, que desde el siglo XII funcionaba como un dispositivo legitimador de los procedimientos legales. De este modo, lo que parecería haber es una regresión desde el punto de vista del camino de la moderación que parecerían haber emprendido otros textos, desde los visigóticos, aunque no todos, hasta los fueros. Un punto para comparar es el de la ausencia de la *inscriptio*. A través de ésta en el *Liber Iudiciorum* se postulaba como necesario la presencia de una persona que acuse y se comprometa a sufrir lo mismo que el acusado si el proceso no le resultase favorable. Ahora bien, si dejamos de lado una visión humanista de la tortura y colocamos la mirada sobre el proceso de poder concreto, entendemos que esta “falta” de acusador es el punto fundamental del nuevo proceso de construcción de la autoridad. El juez, delegado del Rey, fuente de justicia, será, en tanto funcionario “público”, quien asuma la responsabilidad aunque siempre en pos de la “verdad” y desde afuera de los hechos. Acá no hay partes comprometidas, sino un tercer ofendido al que le interesa hacer justicia. Lo que se infiere es que la justicia está en el centro de la obra Alfonsina.⁸⁷ En el desarrollo de este nuevo sistema está el interés de *Partidas*, a esto ayuda el Derecho Romano y en lograr imponerlo se sumió este Rey.

⁸⁵ En lo referido a la cuestión matrimonial en Alfonso, se puede ver: J. GIMENO CASALDUERO, “Alfonso el Sabio: el matrimonio y la composición de las *Partidas*”, NRFH, XXXVI, N° 1 (1988), pp. 203-218; E. MARTÍNEZ MARCOS, *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio*. Salamanca, Ediciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, 1966.

⁸⁶ P. VII, 30,6.

⁸⁷ Sobre todo el proceso jurídico, al cual Castilla no escapa, del cambio que los glosadores hacen con respecto al concepto de justicia desde la idea de equidad –que designa algo objetivo– a las *hominum legitima volutas* –subjética–, Cf.E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto commune classico*, Roma, Giuffrè, 1962.

Luego de años en los que la historiografía nacionalista española pretendió ver raíces germánicas en contraposición al romanismo tardomedieval podemos empezar a comprender que el camino no fue tan unívoco ni de estricta moderación. Dos elementos de dicha fórmula pro visigótica/anti alfonsí no resultan convincentes. Primero, el de intentar ver un proceso de moderación que se choca con una reinstauración literal. De este modo, mientras los visigodos no se cuestionan el hecho de seguir torturando hombres libres *Siete Partidas* dedica grandes esfuerzos por reglamentar de manera uniforme el modo en el que debe proceder la *quaestio* –técnicas de tortura, pasos previos y necesarios, consciencia y control del juez y hacia el juez, aplicación en espacios judiciales y por agente de la autoridad, etc. Segundo, mientras que en los códigos visigóticos aparece la *inscriptio* como planteo de moderación, en la obra de Alfonso se denota un nuevo protagonista: el juez. Esta vez el juez tendrá un papel decisivo en el proceso enunciado, ya que será el representante del poder monárquico. En este caso, la *inscriptio* carece totalmente de sentido. Lo que *Partidas* plantea es la completa responsabilidad de los sectores “públicos” a la hora de emprender un procedimiento judicial. Otrora simple árbitro, el planteo político del siglo XIII coloca a la autoridad monárquica como implicado en cualquier litigio que se desarrolle en su espacio.

En este sentido, una lectura no ideológica del proceso de legislación del tormento puede arrojar pruebas claras del proceso de construcción de un poder que no necesitaba garantías individuales sino que se fundaba en la legitimidad que el propio cuerpo monárquico le daba. Así, para resumir esta sección, lejos de contraponer acciones humanistas de un “garantismo germánico” –como casi se podría ver en la obra ya citada de Martínez Díez– a la irracional regresión romanista de Alfonso, vemos que el proyecto alfonsí conllevaba una complejidad y carga política mucho más grande de la que pudieron soñar los visigodos en tiempos de Chindasvinto. Así, frente a las acciones a medias que podían llevar adelante los reinos posromanos, *Partidas* es la prueba de una verdadera causa política de construcción de un poder

como hacía siglos no funcionaba en la Península Ibérica. Éstas son las razones de la diferencia, pero política, no humana.

III

La tortura en su funcionamiento procesal, que toma el carácter de instituto jurídico que permitiría descubrir la verdad de los hechos, es el paso previo para la *sententia definitiva*, que podía ser de condena o absolución. En este sentido, se distingue de la función del derecho material en lo concerniente a la pena, donde ésta es la consecuencia directa de la condena, la cual se funda en la seguridad de que el acusado es culpable. Sin embargo, las semejanzas entre la *quaestio* y las penas corporales arrojan un manto de indistinción sobre el lenguaje que bien podría justificar la confusión.⁸⁸

Por un lado, la edición de 1484 de *Partidas*, a cargo de Alfonso Díaz de Montalvo, expone que:

“**Tormento es vna manera de pena** que fallaron los que fueron amadores dela iustiçia para escodriñar & saber la verdad por ello delos malos fechos que se fazen encubierta mente & no pueden ser sabidos ni prouados por otra manera”.⁸⁹ [las negritas son mías].

De una manera totalmente distinta, en la edición de Gregorio López se expone en ese mismo pasaje que: “*Tormento es vna manera de prueua, [...]*”.⁹⁰

A modo de aparente solución, vemos que cuando los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano le hablan al pretorio de la Galias, exponen que los decuriones estén exentos de las *poenarum*, las cuales, explican, *fidiculae et tormenta constituunt*.⁹¹

⁸⁸ En este punto soy deudor del exquisito trabajo de P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 vols., Milán, Giufre, 1953/4, p. 223.

⁸⁹ ALFONSO DÍAZ DE MONTALVO, *Ordenanzas reales*. Huete, edición a cargo de Álvaro de Castro, 1484. Con correcciones de J. CRADDOCK, 7, 30,1.

⁹⁰ P. VII, 30,1.

⁹¹ C. 9, 41,16.

Entonces, lo que parece es que desde el planteo inicial hay una concurrencia de estos conceptos. Fiorelli expone que, siguiendo las argumentaciones de Sebastiano de Medici⁹² y Francesco dal Bruno,⁹³ la definición lingüística es exactamente la misma y tormento es una forma de pena.⁹⁴ Sin embargo, esto no puede ser tomado como un elemento sin conflicto. Al calor del uso práctico del tormento Baldo nos ilustra, hablando de la solidez de las pruebas: “*In notorio non habet locum tortura, quia tortura non adhibetur nisi in defectum probationis*”.⁹⁵ Es decir que para el jurista italiano, la tortura es un modo de probar y esa es la función que resalta. De hecho, no concibe la idea de pena desde el punto de vista por el cual no se preocupa en definirla. La única noción de tortura es la que se asimila a la prueba.

En rigor, resulta claro que esta posibilidad polisémica del tormento, desde el punto de vista de con qué concepción se aplicaba en términos prácticos, está planteando una variabilidad basada en las diversas formas en las que los juristas medievales entendieron el Derecho Común. *A priori*, la incapacidad de definir unívocamente la *quaestio* provoca la necesidad de entender que el tormento para el siglo XIII constituía un instituto difícil de asimilar.

Para ensayar una respuesta desde el mundo del derecho no tenemos otra opción que pensar en las profundas continuidades que se tejieron entre el derecho foral y el Alfonsino.⁹⁶ De este modo, desaparecen sin discusión las ordalías unilaterales, entre un sistema legal y el otro, pero la noción de prueba sigue siendo fundamentalmente la misma, en palabras de Madero: los testigos.⁹⁷ De esta manera nos conducimos a un punto inconcluso del trabajo que no podemos desarrollar en esta comunicación: La formulación de la fama.

⁹² MÉDICI, *De def.* 2,10,1.

⁹³ DAL BRUNO, *De ind. et tort.* 2,7,4.

⁹⁴ FIORELLI, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁵ BALDO DE UBALDIS, *C. IX*, 41,8.

⁹⁶ Esto lo desarrolla MADERO, *Las verdades de los hechos...*, *op. cit.*

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 30-31.

Entendemos que será la fama la que defina la calidad de la prueba.⁹⁸ En este sentido, la tortura será un elemento extraordinario del procedimiento judicial para lograr algo que por otro medio resulta imposible. Sin embargo, con posterioridad el instituto toma una cotidianeidad increíble. Esto, en efecto, resulta una muestra del proceso de homologación que sufrió la sociedad medieval a favor de la construcción del súbdito. Así, todo delito será, al fin y al cabo, un delito cometido al cuerpo real. Cuestión que por razones de extensión no podremos tratar.⁹⁹

La aparición del Derecho Romano implicó instituir un procedimiento judicial de excelencia, porque la propia aplicación de este compendio implicaba establecer una autoridad en materia legal de gran nivel.¹⁰⁰ De hecho, hasta el propio derecho continental reclama hoy su base en el *Corpus Iuris Civilis*. El derecho entonces comenzaba a establecer su dinámica, pero el problema que se desprendía era el de la aplicación que los sectores de poder hacían de esto.

Lo que se comprueba en general es que los juristas trataban de morigerar el uso y combatir las irregularidades, es decir: al derecho, darle un marco en el cual se pueda aplicar de manera sistemática y no sólo como principio que admite ciertas prácticas. En este sentido, la Edad Media asiste a la creación del Derecho, occidental, en el cual desarrollar los principios romanos del *Ius*. Esto es, auténticamente, un desfasaje práctico en el modo de establecer un sistema jurídico. La Edad Media presencié una tarea titánica de parte de sus juristas que trabajaron en crear el marco ideal para que se pudiera legislar, aún cuando el Derecho estaba siendo creado. Así, en el caso de la tortura,

⁹⁸ Esto se puede reponer muy bien a partir de MADERO, *Las verdades de los hechos...*, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁹ Cfr. Y. THOMAS, "Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens", en M. HUMBERT & Y. THOMAS (eds.), *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne Hommage à la mémoire de André Magdelain*, París, LGDJ (1998).

¹⁰⁰ Por supuesto que el *Corpus Iuris Canonici*, que en este análisis excluimos, es una parte fundamental del desarrollo jurídico europeo, esto resulta una obviedad. Por otro lado, debemos aclarar que más allá de los cuerpos de leyes, la Biblia seguía siendo el texto más prestigioso e irrefutable en materia legal. En este sentido, por ejemplo W. ULLMANN, *Escritos sobre Teoría política Medieval*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, pp. 107-146.

se demuestra cómo el derecho y el poder no llevaban una relación unívoca ni de mero reflejo. Muy por el contrario, el *Corpus Iuris* proporcionaba un marco ideal para el desarrollo de un poder de corte soberano¹⁰¹ pero ese marco no tenía nada que ver con lo que hasta ese momento se venía desarrollando en la Europa occidental. Por eso, la tensión se vio reflejada en la práctica jurídica donde la autonomía del derecho proveía la posibilidad de pensar la tortura como algo más que la prueba, como un extremo en la aplicación del poder monárquico.

Este análisis sólo es posible teniendo en cuenta que la variabilidad en la interpretación de la norma es lo que mejor nos ejemplifica a la sociedad que la produce. De este modo, el derecho nos arroja mucho más sobre la Edad Media que un simple sistema, novedoso, con el que buscaron resolver los conflictos.¹⁰²

En rigor, la compilación denominada *Partidas* establece la tortura como práctica posible pues procede como una representación solemne y performativa del espacio judicial, la cual está en correspondencia directa con la estrategia política de construcción del Estado.¹⁰³

¹⁰¹ La tortura sólo se aplicaba en tribunales reales. En el caso de Castilla es recién en 1348 cuando *Partidas* toma verdadera fuerza y sólo como derecho supletorio, y la extensión y naturaleza que luego tomará con la institución del proceso inquisitorial por parte del Santo Oficio dará muestra de lo político que terminó siendo su uso.

¹⁰² Cfr. A. BOUREAU, *La loi du royaume. Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise (XI-XIII siècle)*, París, Les Belles Lettres, 2001.

¹⁰³ Uso, a pesar de mi propio parecer, la palabra Estado para referirme a un producto cuyo proceso inconsciente, en los términos del fin último, duró más de quinientos años. Sin embargo, carecemos de un término más apropiado y situacional, pretensión segura de mis próximos trabajos. Se pueden ver algunos investigadores que desde hace una década están pensando este problema aunque desde las más variadas posturas: B. CLAVERO "La edad larga del derecho entre Europa y Ultramares", *Historia, instituciones, documentos*, 25 (1998); del mismo autor: *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Ed. Tecnos (1986); P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma: Laterza, 1995; A. RUCQUOI, "De los reyes que no son taumaturgos: los fundamentos de la realeza en España". En, *Temas Medievales*, N° 5, Buenos Aires (1995), pp. 163-186; J.F. SCHAUB, "Le temps et l'Etat: vers un nouveau régime historiographique de l'ancien régime français". En, *Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*. N° 25 (1996) pp. 128-181; C. GARRIGA, "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen", *Istor*, 16 (2004).

Así, integrar una obra compilatoria de leyes como el Derecho Romano no implica necesariamente establecer la tortura. Muy por el contrario, este universo jurídico proveía la posibilidad, pero la adopción de dicha institución tuvo más bien que ver con la necesidad de poder establecer, desde “fuera” y a partir del prestigio que el Derecho Romano otorgaba, una práctica que conjugó las mejores cartas en un proceso de construcción de una autoridad incontestable.