

Vizcaya atormentada. La interpretación del Señorío de Vizcaya sobre la exención de tormento en el siglo xvii, con una breve comparación con el reino de Escocia*

Biscaye tourmentée. L'interprétation du Seigneurillage de la Biscaye sur l'exemption de tourments au XVIIe siècle, avec une brève comparaison avec le royaume d'Écosse

Biscay tormented. The exemption of Torment and its interpretation by the authorities of the Lordship of Biscay, with a brief comparison with Scotland (XVIIth Century)

Bizkaia tormentatua. XVII. mendean Bizkaiko Jaurerriak egin zuen tormentuaren salbuespenaren interpretazioa, eta Eskoziako Erresumarekin konparatuz

Imanol MERINO MALILLOS**

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Javier GARCÍA MARTÍN

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Elío & Crimen, n° 15 (2018), pp. 145-176

Artículo recibido: 02-04-2018

Artículo aceptado: 04-09-2018

Resumen: *El tormento era una institución de gran relevancia en el proceso penal aplicado del ius commune. En Vizcaya, sin embargo, desde una fecha temprana comenzó a apuntarse la exención de dicho instituto procesal tanto en el territorio como para los hidalgos naturales del territorio. La paulatina consolidación de la equiparación entre hidalgo y vizcaíno propició que en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526) quedaría fijada su exención de tormento, aunque introduciéndose cuatro casos exceptuados. En el mismo ordenamiento también se recogió la condición exenta de Vizcaya, dentro de cuyos límites no podía aplicarse el tormento. Pero el registro de ambas exenciones en el principal ordenamiento jurídico de Vizcaya del periodo moderno no significó que todos los tribunales y jueces de la Monarquía lo respetasen. En este texto reconstruimos la defensa de la primera de ellas por las instituciones provinciales vizcaínas, así como las interpretaciones y limitaciones que introdujeron en el caso de la segunda. Además, lo contraponemos y conjugaremos con el caso escocés, un reino que precisamente tuvo en la aplicación de la tortura un elemento distintivo desde el punto de vista jurídico frente al common law inglés.*

Palabras clave: *Señorío de Vizcaya. Derecho. Fueros. Tormento. Siglo XVII. Escocia.*

Résumé: *La torture était un élément de la première importance dans les procédures pénales du droit commun ou ius commune. La Biscaye de l'Ancien Régime fut une exception remarquable à cette norme générale. En effet, depuis les débuts des temps modernes les biscayens ont envisagé l'exemption de cette pratique procédurale, tantôt pour le territoire lui-même, tantôt pour ce qui concernait les hidalgos.*

* Trabajo elaborado dentro del proyecto MINECO "Unión, vinculación y pertenencia a la Monarquía española (siglos XVI-XVIII)" (Ref. DER2017-83881-C2-1-P), que coordina Jon Arrieta Alberdi en la UPV/EHU.

** Investigador adscrito a la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) a través del Programa de contratación para la especialización de personal investigador doctor del Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU (2016).

gos nés dans ce même territoire. L'intégration progressive de la condition noble dans celle de biscayen a été fondamentale dans la consolidation de l'exemption personnelle, définitivement fixée dans le Fuero Nuevo ou Loi Nouvelle de la Biscaye (1526). De plus, le Fuero Nuevo interdisait l'application de la torture en Biscaye, confirmant ainsi l'exemption territoriale. Cependant, cette particularité ne fut pas toujours respectée par les cours, les tribunaux et les juges de la Monarchie. Dans ce travail, nous abordons deux questions liées à cette problématique. D'un côté, nous décrivons la défense acharnée de l'exemption personnelle du supplice entreprise par les institutions biscayennes. D'un autre côté, nous exposons les interprétations avancées par les gouvernants de la Biscaye sur l'exemption du territoire et les limitations qu'ils introduisirent à l'intervention de pouvoirs exogènes, tel les cours et tribunaux de la Monarchie. Dans le but de souligner la particularité biscayenne, nous la comparons systématiquement au royaume d'Écosse, celui-ci ayant aussi des éléments distinctifs dans l'application de la torture par rapport au common law anglais.

Mots clé: Seigneurie de Biscaye. Droit. Torture. Tourment. XVIIe siècle. Écosse.

Abstract: The torment was a main institution in the penal lawsuit of the *ius commune*. However, in Biscay, there was an early proclamation of the exemption of the torment, both for the natives and for the land. The consolidation of the general nobility of the people from Biscay, included in the Fuero Nuevo (1526) brought the registration of those people's exemption, but with four relevant cases excluded. The territorial dimension of the exemption was also included on that code. Nevertheless, even if those exemptions were recorded on the Fuero, that did not mean that the royal judges and courts observed it, and therefore, the provincial institutions of Biscay had to defend both exemptions. In this paper, we analyse that defence, and also the interpretations and modifications that the local institutions made on the territorial dimension of the exemption of torment. We also compared this reality with the one of the Kingdom of Scotland.

Key words: Lordship of Biscay. Law. Torture. Torment. XVIIth century. Scotland.

Laburpena: Tormentua *ius commune*-ren garaiko prozesu penalaren instituzio garrantzitsu bat zen. Bizkaian, ordea, tormentuaren salbuespena goiz apuntatu zuten, bai lurrealdearena baita bertokoena ere. Bizkaitarren kaparetasunaren finkatzeak 1526ko Foruan tormentuaren salbuespenaren ezarpena ekarri zuen, lau kasutan izan ezik. Ordenamendu borretan lurraldearen salbuespena finkatu zuten ere bai, testuak adierazten zuen bezala 'Bizkaia pribilegiatua' baitzen. Hortaz, Jaurerrian bertan tormentuaren erabilpena debekatua zegoen. Baina gauza bat zen salbuespen horiek Bizkaiko ordenamendu garrantzitsuenean agertzea, eta beste bat zen Koroaren epaileek eta ministroek salbuespen hori errespetatzea. Artikulu honen helburua Bizkaiko erakundeek XVII. mendean egindako lehenengo salbuespenaren defentsa eta bigarrenaren interpretazioa aztertzea da. Honekin batera, Bizkaian gertatutakoa Eskoziarekin alderatuko dugu, erresuma bonetan tormentuaren erabilpena berezitasun juridikoa baitzen, Ingalaterrako common law-aren kontra.

Giltza-hitzak: Bizkaiko Jaurerria. Foruak. Zuzenbidea. Tormentua. XVII. mendea. Eskozia.

Los lectores de este número monográfico podrán leer diversos textos referentes a las prácticas de tortura judicial y extrajudicial, desde los siglos medievales hasta la época actual¹. Nosotros nos vamos a interesar por la primera de ellas, y lo haremos en un espacio geográfico determinado (realmente dos, pues contraponemos nuestro caso con otro distante en lo geográfico, y diferente en el derecho: el reino de Escocia) y sus naturales: el Señorío de Vizcaya y los vizcaínos. Lo estudiaremos, además, en un periodo cronológico concreto, el siglo XVII. Queremos constatarlo porque resulta necesario comprender que, pese a estar hablando de un territorio, hoy en día existente, estamos estudiando «un país extraño» para nosotros en sus costumbres y culturas. Si los casos de tortura son hoy, como no puede ser de otra forma, censurados y rechazados por la sociedad y contrarios a derecho, y por lo tanto su aplicación es perseguida, entonces no lo eran en todos los ámbitos. Muy al contrario, formaban parte nuclear del proceso judicial desarrollado en el seno de las construcciones doctrinales del *ius commune*, por contraposición, en teoría, al *common law*, que la rechazaría, desde el principio, en los juicios ordinarios². Era además, en el caso del *ius commune*, uno de los principales medios, sino el principal, con el que contaban para obtener la *regina probationum* de culpabilidad en el proceso penal del periodo: la confesión. Conviene ser conscientes de esa distancia, no sólo temporal, sino “cultural”, para comprender en todas sus dimensiones el tormento y la exención que vamos a analizar³.

Dentro de ese panorama general, Vizcaya y los vizcaínos surgían como “cuerpos exentos”, en y sobre los que no se podía aplicar el temido tormento. Que los vizcaínos y Vizcaya gozaron de la exención del tormento durante el periodo foral es hoy día un aspecto relativamente reconocido y conocido, sobre todo la primera de esas dos dimensiones, aunque en ocasiones de manera epidérmica, y destacado y subrayado. Tal vez, incluso, mitificado. Si acudimos a la página web de la Ertzaintza⁴, la policía autonómica vasca se reivindica «heredera de la legislación pionera a nivel planetario en el respeto de los derechos de los detenidos», señalando que «El Fuero Viejo de Vizcaya de 1452 ya declara que ninguna autoridad está facultada a dar tormento a ningún detenido, hubiera cometido el delito que fuera». Para lo que remiten a una (supuesta) Ley XII del título 5 del Fuero (Viejo, se entiende) de Vizcaya. Tendremos ocasión de escrutar qué leyes del Fuero (Nuevo) de Vizcaya apuntaban la exención. También podremos com-

¹ Abreviaturas utilizadas: Archivo Histórico Foral de Bizkaia (AHFB). JJRRB: VV.AA., *Juntas y Regimientos de Bizkaia. Actas*, Juntas Generales de Bizkaia, Bilbao, 1994-2009. TLL: Tierra Llana. VC: Villas y ciudad. En el caso del Fuero Nuevo de Vizcaya, dado que lo citaremos en múltiples ocasiones, lo haremos señalando entre paréntesis sus siglas (FNV), seguido del título y ley. Utilizamos la edición de Huidobro, de 1643, la primera impresa en territorio vizcaíno, actualizando su grafía: *El Fuero, privilegios, franquezas y libertades de los caballeros hijosdalgo, confirmados por el rey don Felipe IV, nuestro señor, y por lo señores reyes sus predecesores*, Pedro de Huidobro, Bilbao, 1643.

² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona, 2000.

³ AGÜERO, Alejandro, «La tortura judicial en el Antiguo Régimen. Orden procesal y cultura», *Direito e Democracia*, vol. 5, n° 1 (2004), pp. 187-221.

⁴ https://www.ertzaintza.eus/wps/portal/antiterrorista!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gXDydTo2AzN0sPEwtzZ_NAn2BHAwjQD04t1i_IdlQEAE2XeVA! (consultada por última vez el 16 de marzo de 2018).

probar que, en el caso de la exención de los vizcaínos, esta no abarcaba todos los delitos, pues existían cuatro excepciones muy relevantes, y, además, en el caso de Vizcaya, las autoridades lo habilitaron dentro del territorio durante 25 años durante el siglo XVII.

La misma página web añade una cita de Adrián Celaya, afirmando que «ninguna ley de su época contiene unos mecanismos de defensa de la libertad y de los derechos humanos que puedan ser comparables a las garantías procesales que se leen en el Fuero de Vizcaya». Conviene reparar en un aspecto de esta afirmación. Adrián Celaya hablaba de los privilegios que se leían en el Fuero de Vizcaya. Materia esta que, como veremos, ha sido estudiada. Las normas recopiladas en los sucesivos ordenamientos jurídicos vigentes en el Señorío de Vizcaya han sido ‘leídas’, escrutadas y analizadas, con mayor o menor profundidad. Sin embargo, la fijación de unos privilegios en el ordenamiento jurídico no se ha visto acompasada con los estudios de la práctica forense y el análisis del respeto o no de esos privilegios y la actitud de las autoridades e instituciones vizcaínas. Lo que es necesario para comprender el devenir de una institución como el tormento en Vizcaya y para los vizcaínos. Sólo si acudimos al foro, a los distintos tribunales y a las diversas jurisdicciones existentes en el periodo del Antiguo Régimen, podremos comprobar si esa exención era respetada o no, por quién, cuándo y cómo lo fue. En este texto pretendemos realizar una primera aproximación a esa realidad, estudiando la actitud de las instituciones provinciales vizcaínas respecto a la exención de tormento en los procesos judiciales de la jurisdicción ordinaria durante el siglo barroco.

1. Introducción historiográfica. La tortura en sentido territorial, entre *ius commune* y *common law*

La historiografía jurídica referente a la tortura, tanto en España como en Europa ha tendido a poner de manifiesto, fundamentalmente a partir de los tratados sistemáticos sobre la materia de los siglos XVI y XVII (Farinaccio, Quevedo y Hoyos o Mateu y Sanz), la existencia, a la hora de aplicarla, de exenciones *personales* o privilegios (limitables a los menores de catorce años, ancianos, mujeres embarazadas, nobles..., etc.)⁵.

Apenas se ha analizado, sin embargo, la extensión que de la exención –en el caso de Vizcaya desde 1526– o, al contrario, de su aplicación excepcional, en el caso de Escocia frente a Inglaterra hasta 1706, como *territorios*, se tiene constancia en un momento de especial significación, la época moderna, esto es, cuando la afirmación de la potestad regia de intervención en el ámbito penal llega a su cénit.

La exención territorial, sin embargo, no era, para entonces, una novedad. Se constata su existencia ya en época medieval para los integrantes de una *ciudad* (Palermo, Pisa, Sassari, Nápoles –por concesión de Carlos V en 1554– etc.) o de un *territorio* (Normandía por privilegio regio de 10-3-1314/15), cuyos habitantes vienen a con-

⁵ Por todos, FIORELLI, Piero, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1954, v. I, pp. 277-326. y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España*, Crítica, Barcelona, 2000 (3), pp. 106-107.

siderarse sujetos a un régimen diferenciado común “en condiciones de igualdad” como forma de autodefinición –en cuanto a su aplicación o exención– respecto a los reinos o territorios vecinos o a los no naturales del lugar, considerados “extranjeros” en cuanto al derecho propio⁶.

Pero, sobre todo, resulta relevante para época moderna, si se tiene en cuenta que la revisión a la que la historiografía jurídica está sometiendo en la actualidad los estudios sobre la tortura –no desligables del intento de parte de la doctrina jurídica estadounidense, a partir de 2006, de rebajar su exigible condena moral por razones estratégicas⁷–, tiende a desplazar el acento que hasta ahora se ha puesto en su carácter de medio de prueba característico del procedimiento judicial del *ius commune* –con más o menos límites al arbitrio de los jueces, según las interpretaciones⁸–, a la finalidad política de defensa de un orden jurídico-público predeterminado y las estrategias externas e internas compartidas por los diferentes regímenes políticos, más allá de la cultura jurídica –protestante o católica– ante la que nos encontremos.

La tortura, en definitiva, tiende hoy a estudiarse, también en relación al Antiguo Régimen, como una forma con la que hacer efectivo –con criterios políticos– un “orden jurídico-público” previamente definido como orden religioso y regio, que si, por una parte, la ampliación del número de casos a los que aplicar el crimen *laesae maiestatis*, tenderá a consolidar⁹, por otra, su uso pretendidamente “moderado” en la práctica de los tribunales –si teóricamente se ajustaba a una previa regulación normativa o doctrinal frente a su aplicación ilegítima¹⁰–, contribuirán a presentarla no tanto como un medio de prueba sino como un medio procesal con el que obtener una “confesión en justicia”, como *notorium iuris* que eximía de la necesidad de probar¹¹, aspecto éste compartido por los tribunales civiles y eclesiásticos¹².

Esto es, hoy tiende a insistirse en “la valencia política” del uso de la tortura, en especial desde el s. XVI, lo que evidenciaría la preocupación del poder político por

⁶ FIORELLI, Piero, *La tortura giudiziaria...*, pp. 301-302 y n. 17.

⁷ CLARK, Alan W., «Creating a Torture Culture», *Suffolk Transnational Law Review*, n° 32 (2008) y CLARK, Alan W., «Rendition to torture: a critical legal history», *Rutgers Law Review*, n° 62:1 (2009), pp. 1-74.

⁸ Partidario frente a la historiografía dominante de considerar la tortura como sujeta a limitaciones y a la exigencia de evidencias o indicios previos, PENNINGTON, Kenneth, «Torture and Fear: Enemies of Justice», *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 19, (2008), pp. 203-242. Sobre la tensión argumentativa en Castilla, en época moderna entre arbitrariedad del juez y garantías del procedimiento del *ius commune*, vid. ALONSO ROMERO, María Paz, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad, Salamanca, 1982, pp. 244-256.

⁹ SBRICCOLI, Mario, *Crimen Laesae Maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 244-45. De la admisión de la tortura en el caso del crimen de “lesa majestad” participaría también la canonística desde el inicio del *ius commune*: PIERGIOVANNI, Vito, «La lesa maestà nella canonistica fino ad Ugucione», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n° 2 (1972), pp. 55-88.

¹⁰ HARANG, Faustine, *La torture a u Moyen Âge. Parlement de Paris, XIVe-XVe siècles*, PUF, Paris, 2017, pp. 270-275 (“légitimation de la torture et ordre public”).

¹¹ GILISSEN, John, *Introdução histórica ao Direito*, Traducción portuguesa de A. M. Hespanha, Fundação C. Gulbenkian, Lisboa, 1979. p. 718.

¹² KELLY, Henry Ansgar, «Judicial Torture in Canon Law and Church Tribunals: From Gratian to Galileo», *The Catholic Historical Review*, vol. 101, n°. 4 (2015), pp. 754-793.

castigar, en concreto, los delitos que amenazasen especialmente un orden jurídico predefinido, como la traición o la herejía, para los que en buena medida se reservó la tortura, de modo que lejos de ser una mera práctica judicial del procedimiento *inquisitivo* habría tenido el carácter de lucha contra el “enemigo político” por parte del poder institucionalizado en función de distintos contextos y coyunturas¹³, tratando a través de la defensa o condena de la tortura de influir en la opinión pública de cada momento, –como pondrían de manifiesto los argumentos a favor y en contra que se suceden en el tiempo ya con anterioridad a Beccaria¹⁴–.

2. La tortura en el reino de Escocia a finales del s. XVII. ¿Una peculiaridad de su ordenamiento jurídico frente a Inglaterra?

Si bien el objeto fundamental de estudio de la excepción territorial del tormento es, como se ha puesto de manifiesto, el ámbito territorial vizcaíno, se hará una breve mención inicial a otro espacio singular de la Europa moderna, con fines de comparación histórico-jurídica: el reino de Escocia con anterioridad a la unión territorial de 1707, cuando los propios contemporáneos vieron en el recurso escocés a la tortura un elemento de diferenciación territorial respecto al *common law* inglés.

Y ello porque una de las singularidades escocesas con respecto a Inglaterra sería, en la parte final del s. XVII, el mantenimiento como referencia del propio ordenamiento del *ius commune* (“*civil law*”) con carácter subsidiario y doctrinal¹⁵, frente al *common law* inglés, que habría tendido a limitar –más que a prohibir– el uso de la tortura, desde el s. XIII en adelante, coincidiendo con la sustitución que entre 1219 y 1220 tiene lugar en Inglaterra de la práctica de las ordalías por el juicio de jurados¹⁶.

De hecho, la más clásica historiografía anglosajona de referencia atribuiría a la unión con Inglaterra y la prohibición a partir de 1714/16 de la tortura al modo del *common law*, una decisiva ruptura de Escocia con respecto al *ius commune* continental.

¹³ LALATTA COSTERBOSA, Marina, «Per una storia critica della tortura», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 41, n° 1 (2011), pp. 3-33.

¹⁴ En el caso español, la pervivencia de la religión como fundamento del orden jurídico-público previo al que la legislación debía ajustarse, favoreció el mantenimiento –a pesar de las críticas ilustradas– de la tortura como parte del Derecho penal del Antiguo Régimen, hasta principios del s. XIX. *Vid.* AGÜERO, Alejandro y LORENTE, Marta, «Penal Enlightenment in Spain: from Beccaria’s recepción to the first criminal code», *Forum Historiae Iuris* (<http://www.forhistiur.de/>), nov. 2012.

¹⁵ «*We follow the civil law in judging crimes, as is clear by several Acts of Parliament wherein the civil law is called the common law... And the civil law is out rule where our own statutes and customs are silent or deficient...*». MACKENZIE, Sir George, *The Laws and Customs of Scotland in Matters Criminal*, Edición de Olivia F. Robinson, The Stair Society, Edimburgo, 2012, pp. 6-11, p. 9 para la cita.

¹⁶ POTTER, Harry, «From Ordeal to Jury», *Law, Liberty and the Constitution: A Brief History of the Common Law*, Boydell and Brewer, Suffolk, 2015, pp. 77-81, p. 79.

La separación, en este sentido, en cuanto a la consideración de la tortura entre el *ius commune* y el *common law*, no habría tenido lugar antes de mediados del s. XIII.

Ocurriría en el contexto de la prohibición de que los clérigos participasen en las ordalías –no de las ordalías en sí, como a veces se ha afirmado– que inaugura el IV Concilio lateranense (1215) (cap. 18)¹⁷.

Mientras, en el caso inglés se optó por el recurso al *jurado* –ante la obligación desde la Carta Magna de ser juzgado por iguales–, en el Continente, la cultura del *ius commune* tendió a recurrir a la tortura como «*a means of establishing guilt by confession*»¹⁸.

La razón reside en la consolidación que de ella haría el Derecho canónico en el continente. En concreto la bula *Ad extirpanda* del papa Inocencio IV de 1252, dirigida no a los inquisidores sino a las autoridades civiles, que si bien no fue incorporada en el *Liber Sextus* (1298)¹⁹, contribuyó decisivamente a crear la opinión, entre los tribunales de la fe, de que la tortura era un medio lícito al que recurrir en caso de que la acusación fuese de herejía²⁰. El *procedimiento inquisitivo*, propio de los ámbitos de difusión del *ius commune*, se iba a configurar así, como el procedimiento por excelencia en la práctica continental, en los delitos más graves, como la traición o el asesinato, en la medida en la que sólo dos testigos contestes y –sobre todo– la confesión, se presentaban como los medios más adecuados con los que jueces profesionales –no jurados como en Inglaterra– podían obtener evidencias de condena²¹. Las ordalías como medio de prueba serían, en definitiva, progresivamente sustituidas por la tortura como parte de un proceso reglado en el que el objetivo último era obtener “información del reo”, incluso de su íntima conciencia –los secretos no revelados–; información que conformaba unos hechos que, frente a las ordalías que no necesitaban interpretación, debía valorar un juez profesional, de nombramiento jurídico-público²².

El cambio resultaría determinante, no sólo porque la tortura se presentaba, a partir de entonces, como una estrategia del interrogatorio (*quaestio*) llevada a cabo por el juez para determinar la culpabilidad, sino porque frente al procedimiento entre “iguales” que representaba el ritual de la ordalía, el riego o el duelo, en los que el papel del juez no era relevante, el decisivo papel que ahora adquiere con el procedimiento inquisitivo –en la medida en la que era su decisión la que determinaba la “verdad” buscada–, haría que conllevase el desarrollo de un aparato burocrático de

¹⁷ Llama la atención sobre este matiz, KELLY, Henry Ansgar, «Judicial Torture...», pp. 773 y ss.

¹⁸ BAKER, John. Hamilton, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths Lexis Nexis, Bath, 2002 (4), pp. 508-509.

¹⁹ KELLY, Henry Ansgar, «Judicial Torture...», pp. 775-777.

²⁰ HOPE, David, «Torture», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pp. 807-832, pp. 810-811.

²¹ Para K. Pennington, la tortura en el procedimiento inquisitivo fue siempre objeto de restricciones en su aplicación. El ejemplo más significativo serían los estatutos de la ciudad de Bolonia de 1288, modelo conforme al canonista Juan Andrés, de otras ciudades italianas, en los que se prohibía la aplicación de la tortura a sus habitantes, salvo que existiesen pruebas legítimas, graves presunciones o indicios evidentes (*manifesta indicia*). Vid. PENNINGTON, Kenneth, «Torture...», p. 218.

²² ASAD, Talal, «Notes on body pain and truth in medieval Christian ritual», *Economy and Society*, n° 12 (1983), pp. 287-327, p. 290.

control –más o menos eficaz–, característico de época moderna, y en especial del Continente²³.

Muy diferente sería la evolución en Inglaterra, donde la progresiva exclusión de las ordalías se haría en beneficio, ya desde el s. XIII, del *jurado*. Más concretamente, entre 1160 y 1220, el nuevo sistema sustituiría completamente al anterior en materia penal.

El juicio por jurados existía ya, en Inglaterra, con anterioridad al IV Concilio lateranense como opción, en casos excepcionales, con la que evitar las ordalías como medio de prueba. Pero con la prohibición que el Concilio haría en 1215 del recurso a éstas, el juicio por jurados se convirtió en la opción por excelencia de los acusados, para los que, en caso de elegir no someterse a él, la ley establecería en 1275, que debían seguir en *prision forte et dure* y con ello sometidos a la “coerción física”²⁴.

Frente a ello, el juicio por jurados –por iguales que debían valorar los hechos, a partir de la costumbre del lugar, librando así al juez de la “agonía de la decisión”– acabaría por excluir, desde el principio, el recurso a la tortura, que vendría así limitada a los casos en los que el acusado rechazase suplicar (*plea*) ante el jurado²⁵.

De hecho, en la tradición doctrinal inglesa la práctica de la tortura como castigo corporal vendría a considerarse, desde al menos el s. XV, contraria tanto al *common law*, como al derecho consuetudinario (Bracton) o la propia doctrina, como evidenciarían las obras de Sir John Fortescue (1470) y Edward Coke (1620). Más aún, su exclusión sería vista como una manifestación más del conflicto suscitado en el s. XVII entre la Corona y los juristas parlamentarios formados en el *common law*²⁶.

No obstante, no puede decirse que la tortura fuese desconocida en el proceso penal inglés. Tal y como R. D. Melville puso ya de manifiesto a principios del s. XX, la práctica demuestra más bien lo contrario: el monarca inglés la empleó, a partir del s. XVII, como un medio de conseguir información, un castigo prolongado o incluso la ejecución²⁷, aunque no se regularizó su práctica en el proceso penal, como en el Continente. Reservada para casos capitales, respondería, en sentido estricto, a una *prerrogativa regia* de la que el propio rey o, más comúnmente, el Consejo privado (*Privy Council*) pudieron hacer uso, aunque mediante autorización expresa, único modo de asegurar que los oficiales encargados de llevarla a cabo no iban a sufrir persecución por ello.

El número de casos en los que se aplicó sería, de todos modos, reducido: entre 1540 y 1640 se empleó unas 81 veces –según recogen los registros–, en especial bajo los Tudor y más concretamente bajo Isabel I, que recurriría a ella en los casos de especial relevancia como la traición pero también en delitos ordinarios como el ase-

²³ *Ibidem*, pp. 294–300.

²⁴ LANGBEIN, John H., *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancient Regime*, The Chicago University Press, Chicago-London, 1977 (reimpreso en 2006, con nuevo prólogo), pp. 74–79.

²⁵ POTTER, Harry, «From Ordeal to Jury...», p. 80

²⁶ *Ibidem*, p. 109.

²⁷ MELVILLE, Robert Dundonald, «The Use and Forms of Judicial Torture in England and Scotland», *The Scottish Historical Review*, n° 7 (1905), pp. 225–248.

sinato o el robo. Con posterioridad, sin embargo, los Estuardo los limitaron a los casos de traición y sedición²⁸.

En opinión de John H. Langbein, el fundamento de la prerrogativa regia no era afirmativo sino “defensivo” de la inmunidad soberana. El que sólo el rey y el Consejo privado conservasen hasta el final el control sobre la delegación de la tortura significa que a diferencia de lo ocurrido en el Continente, la potestad de ejercer la tortura no fue “jurisdiccionalizada” en Inglaterra –esto es, ningún tribunal tenía la facultad de aplicarla sin autorización expresa–, lo que impidió la recepción de las categorías del *ius commune* en cuanto a su uso. Es más, a principios del s. XVII, la práctica procesal de la tortura estaría ya por desaparecer, empleándose sólo para identificar a los cómplices de traición o evitar la sedición, pero no para los delitos ordinarios –o lo que es lo mismo, los que no tenían relevancia política o religiosa–, datando de 1640 el último caso registrado de delegación del Consejo privado para torturar²⁹.

En Inglaterra, en definitiva, un aspecto decisivo sería que no se desarrolló un sistema de jueces profesionales encargados de aplicar la tortura como en el Continente, donde en el que no existiría la necesidad de autorización expresa del monarca para aplicarla –de ahí la insistencia de las autoridades del Señorío de Vizcaya en lograr, como se verá, su clara definición jurisdiccional. Pero las razones políticas no estarían ausentes del escaso empleo de la tortura que se registra: el acceso de Jacobo I al trono y la paz de 1604 parecen haber iniciado cierta estabilidad frente a las conspiraciones católicas y las hostilidades por la apropiación del trono³⁰, de ahí la posibilidad de empezar a prescindir de la tortura.

Diferente al expuesto sería el caso de Escocia, desde 1603 parte de una unión dinástica con Inglaterra, pero más permeable que ésta al *ius commune* continental, como se ha señalado, y por cuanto parece, al empleo procesal de la tortura. Resulta muy llamativo, de hecho, que el período final del s. XVII registre la publicación de diferentes panfletos, como el titulado *The Sco[t]ish Inquisition* (1689) en los que se denunciaba el recurso sistemático, por parte de los oficiales del rey Carlos II, a la tortura como una práctica judicial habitual, calificada en estos escritos de bárbara y primitiva, por contraria al *habeas corpus*³¹.

El recurso, bajo la Restauración escocesa, a la tortura se llevaría a cabo, de hecho, si seguimos a C. Jackson, como una *práctica extrajudicial* ya que, al igual que en el caso inglés, el *common law* escocés la prohibía, presentándose, más allá del criterio de autoridad que suponen las posibles menciones al Derecho romano, no como medio de

²⁸ POTTER, Harry, «Torture», *Law, Liberty...*, pp. 109-114, p. 110.

²⁹ LANGBEIN, John H., *Torture...*, pp. 129-134.

³⁰ *Ibidem*, pp. 138-139.

³¹ En el mismo sentido, el polemista whig James Welwood, afirmaba en un panfleto editado como anónimo en Londres en 1689 que Escocia había representado en los 20 años anteriores: «*all the ideas of oppression, injustice and tyranny*». Recogido en JACKSON, Clare, «Judicial Torture, the Liberties of the Subject and Anglo-Scottish Relations 1660-1690», *Proceedings of the British Academy* [SMOUT, T. C. (ed.), *Anglo-Scottish Relations from 1603 to 1900*], n° 127 (2005), pp. 75-101, p. 75.

prueba sino como una forma de obtener información [Francis Bacon, en concreto, afirmaría: «*in the highest cases of treason, torture is used for discovery and not for evidence*»]³².

Aun así, y frente a lo que entonces se denunciaba, la tortura empleada no se aplicaba de forma arbitraria, sino que sería objeto de detallada regulación y límites. La novedad reside en que, en el s. XVII, vendría utilizada en casos referentes a delitos contra el poder público y algunos delitos comunes, en un momento en el que, sin embargo, había decaído, como práctica, ya en Inglaterra. De acuerdo con D. Hope, entre 1590 y 1690 el Consejo privado escocés y el Parlamento concedieron 39 autorizaciones para llevar a cabo sendas torturas³³.

En este contexto, es necesario preguntarse si el mantenimiento a finales del s. XVII de la tortura en Escocia, especialmente utilizada por los Estuardo para hacer frente a las conspiraciones político-religiosas que se sucedieron contra ellos, se debió a la persistencia de una cultura jurídica diferente a la del *common law* inglés, próxima a la del *ius commune* o a razones de otro tipo.

Como es sabido, más allá de la unión dinástica, Escocia en el s. XVII se mantuvo, respecto a Inglaterra, como un reino diferenciado, con su propio derecho y parlamento. No obstante, no son de escasa relevancia las similitudes o instituciones compartidas que, en la práctica –como observase A. Duck³⁴– presentan entre ambas, en especial, por lo que aquí interesa, el *jurado*³⁵.

El jurado escocés, aunque de origen incierto, parece haber existido a partir de la influencia anglo-normanda ya desde el s. XII, si bien con peculiaridades respecto al jurado inglés, como el hecho de estar integrado por 15 miembros en vez de por 12 o que el veredicto se fundamentase en la decisión mayoritaria y no en la unanimidad³⁶. Pero lo importante es que la presencia del jurado excluía, como se ha explicado, el recurso a la tortura, que, por ello, al igual que en el caso inglés y frente al Continente tendió a presentarse como excepcional.

Pero además, un segundo aspecto que pone de manifiesto la similitud con el caso inglés de la primera mitad del s. XVII es la necesaria autorización expresa a los oficiales encargados de aplicarla en cada caso, autorización que, en el caso escocés, debía conceder el Consejo privado. El tribunal del Justicia (*Court of Justiciary*) sólo podía aplicarla con anterioridad al juicio, debiendo la confesión, con posterioridad reiterarse ante el tribunal.

La clave, por tanto, no residía en una diferente cultura jurídica, sino, como en el propio caso inglés, en el uso político que los monarcas hicieron en Escocia de la prerrogativa regia de la tortura para delitos político-religiosos. Debe recordarse, en este sentido, que el período estuvo marcado por un intenso conflicto religioso entre presbiterianos y episcopalianos y el temor a que los exiliados en Holanda conspirasen

³² JACKSON, Clare, «Judicial Torture...», pp. 75-79.

³³ HOPE, David, «Torture», pp. 812-813.

³⁴ ARRIETA ALBERDI, Jon, «Forms of Union: Britain and Spain, a Comparative Analysis», ARRIETA, Jon & ELLIOT, John H. (eds.), *Forms of Union: the British and Spanish Monarchies in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. Revista Internacional de Estudios Vascos*, 5 (2009), pp. 39-41.

³⁵ JACKSON, Clare, «Judicial Torture...».

³⁶ WILLOCK, Ian, *The origins and development of the jury trial in Scotland*, Edimburgo, 1966, pp. 25-29.

para deponer el gobierno monárquico, lo que llevaría a los reyes desde Carlos I a intentar la asimilación de las prácticas de la Iglesia escocesa y la inglesa. En Escocia además, no faltó la sedición a través de formas religiosas como la de los *Convenanters*³⁷.

Por otra parte, aunque habitualmente se ha considerado también el recurso frecuente a la tortura en los procesos a los que daría lugar la caza de brujas como una de las peculiaridades jurídicas escocesas³⁸, estudios recientes están poniendo de manifiesto tanto el uso demasiado amplio que ha tendido a hacerse del término “tortura” a la hora de referirse a ellos, como la estrecha vinculación de los ritmos de aplicación a estrategias y razones, en última instancia, políticas³⁹.

En cualquier caso, resulta significativo constatar que cuando la revolución protestante se completó en Escocia, la práctica de la tortura tendió a desaparecer, de lo que es buena prueba el *Claim of Right* de 1689, que la declararía contraria a derecho en los casos en los que se aplicase sin la suficiente evidencia o sobre delitos comunes. Por último, con pocos años de diferencia, el tratado de unión de 1707 daría lugar a la *Treason Act* de 1709 (7 Anne, cap. 21) emanada del Parlamento del Reino Unido, en la que se prohibía la aplicación de la tortura a cualquier persona acusada de un delito⁴⁰. Escocia se convertía así en el primer reino en el que la tortura se abolía mediante una disposición normativa expresa.

¿En qué habría consistido, en definitiva –hay que preguntarse–, la peculiaridad escocesa referente a la tortura a finales del s. XVII? No parece que la respuesta resida en el arraigo en Escocia de una diferente cultura jurídica sino en la diferente utilización que de la *prerrogativa regia* que la hacía posible como excepción frente al *common law*, se hizo en el caso inglés y el escocés. El empleo de la tortura serviría en ambos reinos, pero en diferentes momentos, a la conformación de un “orden público” de carácter político-religioso al que la tortura, estrechamente ligada al crimen de lesa majestad, iba a estar cada vez más vinculado.

Y ello porque la definición y límites de la tortura en el proceso penal, cada vez más cuestionada, tendería a relacionarse, en época moderna, con la definición territorial de la *soberanía regia*. De ahí la importancia de detectar en nuestro período de estudio –siglo XVII– posibles exenciones territoriales, como en el caso vizcaíno –al que podría añadirse el de Inglaterra desde 1640–, lo que no significaría que sobre la dimensión territorial no sigan actuando los privilegios personales, como la excepcionalidad del privilegio nobiliario, presentes también en el reino escocés, aunque no siempre respetados⁴¹.

³⁷ HOPE, David, «Torture», pp. 812-813.

³⁸ CURRIE, Elliot E., «The Control of Witchcraft in Renaissance Europa», BLACK, Donald (ed.), *The Social Organization of Law*, Seminar Press, New York, 1973, pp. 345 y ss.

³⁹ «Torture and the Scottish Witch-Hunt: a re-examination», *Scottish Tradition*, 27 (2002), pp. 95-115.

⁴⁰ HOPE, David, «Torture», p. 814.

⁴¹ «There were certain persons who in theory were exempt from the pains of torture. Minors, women, aged and sick persons were embraced within this exemption by reason of their assumed want of fortitude and readiness thereby to admit anything; and there was also included persons ‘eminent’ by reason of their accomplishment or of their services to the State, but there are in the books striking instances of its disregard». MELVILLE, Robert Dundonald, «The Use and Forms...», p. 246.

De la relación entre la exención personal (nobiliaria) y territorial referente a Vizcaya (característica de época moderna, capaz de establecer diferencias no sólo legales sino doctrinales entre territorios) se tratará en las páginas que siguen.

3. Las dos exenciones en el Fuero Nuevo: los vizcaínos y Vizcaya

Nos desplazamos del reino de Escocia a la Monarquía Hispánica, y más exactamente a una parte de la Corona de Castilla, porque en esta se encuadraba el Señorío de Vizcaya, aunque con una ubicación específica (jurídica e institucional)⁴². En el caso del Señorío, contamos con diversas investigaciones sobre la vertiente penal del derecho vizcaíno, centradas, como dijimos, más en el análisis de aquellos aspectos tratados en los ordenamientos jurídicos que en la práctica forense. Comenzando por el clásico estudio de Jesús Galíndez Suárez sobre la legislación penal vizcaína, desde el cuaderno de Juan Núñez de Lara (1342) hasta el Fuero Nuevo (1526), sin dejar de analizar lo referido a los núcleos urbanos⁴³. Posteriormente otros autores volvieron sobre el contenido penal de determinados ordenamientos, caso del Fuero Viejo de Vizcaya (1452)⁴⁴, y un Reglamento Penal de 1799⁴⁵. A lo que debemos añadir otros trabajos sobre determinados delitos y su persecución⁴⁶. Contamos incluso con una recopilación de todas las normas de carácter penal recogidas en los ordenamientos jurídicos de las provincias vascas, reino de Navarra y territorios vascofranceses desde el siglo XI hasta comienzos del siglo XVI⁴⁷.

Si los estudios sobre el derecho penal del Señorío de Vizcaya durante el periodo foral no son muy numerosos, aún lo son menos los referentes al análisis del derecho

⁴² ELÍAS DE TEJADA, Francisco, *El Señorío de Vizcaya (hasta 1812)*, Minotauro, Madrid, 1963. LABORDA, Juan José, *El Señorío de Vizcaya. Nobles y fueros (c. 1452-1727)*, Marcial Pons, Madrid, 2012. Véase el estudio introductorio de Jon Arrieta a FONTECHA Y SALAZAR, Pedro (atribuido) (Estudio introductorio y edición de Jon Arrieta), *Escudo de la más constate fe y lealtad [del muy noble y muy leal Señorío de Vizcaya]*, UPV/EHU, Bilbao, 2015.

⁴³ GALÍNDEZ SUÁREZ, Jesús, *La legislación penal en Vizcaya*, E. Verdes Achirica, Bilbao, 1934.

⁴⁴ PÉREZ AGOTE, Alfonso, «El contenido penal del Fuero Viejo de Vizcaya de 1452», *Estudios Vizcaínos*, n° 6 (1972), pp. 379-390. LEKUONA, Manuel, «El derecho penal en el Fuero de Vizcaya», BERISTAIN IPIÑA, A. y De la Cuesta, J. L. (comps.), *Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho Penal*, UPV/EHU, Bilbao, 1986, pp. 257-277. Además de las páginas de MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, «La tortura judicial en la legislación histórica española», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 32 (1962), pp. 272-275.

⁴⁵ SAGARDUY MENÉNDEZ, José Luis, «Las instituciones procesales y penales y su adaptación a los momentos de crisis (el Reglamento Penal de 1799)», VV.AA., *II Congreso Mundial Vasco. Congreso de Historia de Euskal Herria*, t. III, Txertoa, San Sebastián, 1988, pp. 109-121.

⁴⁶ Caso del trabajo de MARTÍN RODRÍGUEZ, Jacinto, *El honor y la injuria en el Fuero de Vizcaya*, Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1973.

⁴⁷ BERISTAIN, Antonio; LARREA, M^a Ángeles y MIEZA, Rafael M^a, *Fuentes de Derecho Penal Vasco (siglos XVI-XVI)*, La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1980. Donde aparecen, entre otras, las normas penales del Fuero del Rey Sancho a los labradores de Durango (ss. XII o XIII), del Cuaderno de Juan Núñez de Lara (1342), Fuero Antiguo de la Merindad de Durango (s. XIV), Cuaderno de Hermandad (1394), Fuero Viejo de Vizcaya (1452) y Fuero de las Encartaciones.

procesal penal. Tras algún estudio precursor, centrado en los mecanismos procedimentales fijados en los ordenamientos jurídicos vizcaínos⁴⁸, en los últimos años se han realizado breves aproximaciones a la materia. Dos nombres despiden en los últimos años en este campo de estudio. Sus aproximaciones, significativamente, se encuadran en estudios generales sobre el derecho penal vizcaíno y la persecución de los delitos en este territorio. Por un lado, Joddy Guetta, quien, en su estudio sobre las garantías procesales en el Señorío de Vizcaya, dedicó unas páginas a las garantías normativas del proceso penal, incluyendo la prohibición de tortura⁴⁹. Por otro lado, Luis María Bernal, en cuya tesis doctoral sobre la criminalidad y violencia en Vizcaya durante gran parte del periodo foral, se hallan valiosas páginas referentes al tormento⁵⁰. Además, es el autor de una de las escasas (si no la única) aproximación monográfica a la exención de tormento en Vizcaya, en un breve artículo aparecido en una publicación on-line⁵¹.

Acudamos al principal diccionario de la época para saber con precisión qué significaba “tormento” en el siglo XVII. Sebastián de Covarrubias lo definía en su Tesoro de la lengua como «*la aflicción que judicialmente se da a alguno contra el cual haya semiplena probación, e indicios bastantes para condenarle a cuestión de tormento*»⁵². El principal estudioso de esta institución, Francisco Tomás y Valiente, nos ofreció una definición instrumental de esta institución⁵³,

«una prueba del proceso penal, subsidiaria y reiterable, destinada a provocar por medios violentos la confesión de culpabilidad de aquel contra quien hubiera ciertos indicios; o dirigida, a veces, a obtener la acusación del reo contra cómplices, o también a forzar las declaraciones de los testigos».

El tormento fue una institución definida y expandida con el *ius commune*. En Castilla será incorporada por las Partidas de Alfonso X. Pese a que los reyes emitieron diversas leyes sobre la materia, su escaso desarrollo legal propició una amplia casuística. Una ausencia legislativa que fue paliada por la labor doctrinal y forense. El tormento atrajo la atención de la doctrina, que se pronunció sobre esta materia controvertida, no tanto por su uso o no, como por sus extremos (cuándo se podía aplicar, cómo, sobre quién, etc.). Y es que el tormento se mostraba como un instru-

⁴⁸ GALLO MEZO, Julio, «El derecho procesal en el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452», *Estudios vizcaínos*, n° 6 (1972), pp. 391-397.

⁴⁹ GUETTA, Joddy, “No excediendo, sino moderando”. *Garantías procesales en la normativa vizcaína del Antiguo Régimen*, Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2010, pp. 72-75.

⁵⁰ BERNAL SERNA, Luis M^a, *Crimen y violencia en la sociedad vizcaína del Antiguo Régimen (1550-1808)*, Tesis doctoral defendida en la UPV/EHU en 2010, pp. 72-84. Un resumen con las conclusiones de esta en: «Contenidos principales y conclusiones de la tesis doctoral Crimen y Violencia en la sociedad vizcaína del Antiguo Régimen (1550-1808)», *Clio & Crimen. Revista del Centro de Historia de Durango*, n° 8 (2011), pp. 481-522.

⁵¹ BERNAL SERNA, Luis M^a, «Teoría y práctica de la tortura judicial en Vizcaya», *Euskonews*, n° 331 (2006), sin paginar, disponible en: <http://www.euskonews.com/0331zkb/gaia33101es.html> (consultado el 19 de marzo de 2018), quien observa tanto la dimensión personal como la territorial de la exención de tormento.

⁵² COVARRUBIAS, Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana, o española*, Luis Sánchez, Madrid, 1611, fols. 47 bis v.-48 bis r.

⁵³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», Tomás y Valiente, Francisco, *La tortura judicial...*, p. 99.

mento eficaz dentro del proceso penal del periodo, tanto en su vertiente inquisitiva como intimidativa para con el reo⁵⁴. Sus usos en diversos tribunales castellanos a lo largo del siglo XVII quedaron recogidos en las obras de distintos juristas, caso de Matheu i Sanz, y en dos de las principales obras sobre la materia, *De indicios y tormentos*, de Quevedo y Hoyos, publicada en 1632, y la *Práctica criminal* de Gerónimo Fernández de Herrera (1671).

Nos interesa detenernos en a quiénes se podía aplicar el tormento, y a quiénes no, pues distintos conjuntos estaban exentos del tormento en la Corona de Castilla. Tomás y Valiente señaló quiénes eran los exceptuados⁵⁵. Estos podían serlo por su rango social o por su dignidad, y por condición física o su estado. Entre los primeros se hallaban los nobles, incluidos, como veremos, los hidalgos. También se encontraban colectivos relevantes en la administración de la Monarquía, caso de los consejeros, o del ámbito local, como los regidores. Dentro de este mismo conjunto se encuadrarían también aquellos que sobresalían por su formación, como eran los doctores. Por último, dentro del tercer conjunto estaban los menores y los mayores, así como las mujeres embarazadas⁵⁶.

Los vizcaínos, «*notorios*» hidalgos desde 1526, también eran exentos. Ese era el criterio personal, que recogía, como veremos, el Fuero Nuevo de Vizcaya. Pero en el mismo ordenamiento podremos observar otra dimensión de la exención del tormento, sobre la que se ha reparado menos: la territorial. Vizcaya, como territorio, estaba exento. Lo que no significaba que a un preso en el Señorío que no fuese vizcaíno no se le pudiese aplicar la tortura judicial si era detenido en el territorio. Pero para poder hacerlo debía ser sacado fuera de los límites provinciales, en donde sería sometido a tormento, para después ser devuelto a Vizcaya. Las instituciones provinciales tenían la obligación de proteger ambas dimensiones de la exención de tormento, pues así se estaba garantizando la pervivencia de los Fueros. Y por ello, como veremos, estuvieron alerta ante cualquier abuso o infracción que se cometiera contra ambas exenciones.

Que los vizcaínos estaban exentos de tormento fue subrayado e incluso loado entonces y en épocas posteriores. La orientación garantista del ordenamiento jurídico vizcaíno llamó la atención a los ilustrados españoles y extranjeros que visitaron el territorio⁵⁷. Pero esa garantía normativa para no padecer tormento también suponía una cierta desventaja de cara al proceso penal del periodo. Así, la exención, paradójicamente, suponía asimismo una limitación para el reo. Algo de lo que el Señorío era consciente. En un memorial de mediados del siglo XVII que más adelante analizaremos con mayor detenimiento, su autor, el vizcaíno Francisco de Gamboa, apuntaba que la imposibilidad de aplicar el tormento no siempre era ventajosa, pues,

⁵⁴ ALONSO ROMERO, M^a Paz, *El proceso penal...*, pp. 244-256.

⁵⁵ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Última etapa y la abolición...», p. 106.

⁵⁶ Sobre estas últimas, véase BAZÁN DÍAZ, Iñaki, «La violencia legal del sistema penal medieval ejercida contra las mujeres», *Clio & Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, n^o 5 (2008), pp. 207-208.

⁵⁷ MONREAL ZIA, Gregorio, «La evolución histórica de la Administración de Justicia en los territorios vascos occidentales», TAMAYO SALABERRIA, V. (ed.), *Justicia y autogobierno*, Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati, San Sebastián, 2001, p. 75.

como reconocía, «con esta exención estamos nosotros [los vizcaínos] más expuestos al suplicio, porque para nuestro castigo bastan indicios probables»⁵⁸. Aun así, en Vizcaya se optó por la solución de mantener el carácter absoluto de la exención de tormento para los vizcaínos, salvo los casos exceptuados en el Fuero. En Guipúzcoa también se produjo un problema semejante, pero se le dio una solución distinta. En la vecina provincia también llegó a existir una hidalguía universal. De forma paralela al Señorío, el tormento estuvo expresamente prohibido en el territorio guipuzcoano tanto en las ordenanzas de Hermandad de 1397 (realizadas por el mismo Gonzalo Moro, quien copió parte de lo recogido en el título 31 de las ordenanzas de Vizcaya) como en las de 1463. Pero una disposición de Enrique IV de 1469 habilitó la aplicación de tormento siempre que existiera «consejo y firma de Letrado conocido» que fuera de la Hermandad. El motivo para esa habilitación era que «algunas vezes puede convenir no se vse con los delinquentes del vltimo rigor de la justicia hasta ver si con el tormento se pueden purgar ó probar mejor sus delitos»⁵⁹. Lo que, siglos después fue interpretado por Carmelo de Echegaray, «por extraño y paradójico que parezca», como «un progreso en sentido humanitario», y por Gonzalo Martínez Díez «casi como un favor» del rey hacia los guipuzcoanos⁶⁰.

En Vizcaya y para los vizcaínos, sin embargo, no cabía tal posibilidad. Desde el comienzo de esa exención con el cuaderno de Hermandad de 1394 a los vizcaínos, «comúnmente» hidalgos, no se les podía aplicar el tormento, salvo en los casos exceptuados en el propio ordenamiento vizcaíno. Y las instituciones vizcaíno fueron celosas guardianas de este privilegio, como lo fueron de todos los recogidos en el Fuero. ¿Cuál fue la causa de ese celo, aun cuando, como reconoció la provincia de Guipúzcoa, ocasionalmente pudiera ir en detrimento del encausado? Su unión a la hidalguía de los vizcaínos. El propio Francisco de Gamboa reconocía en su alegato en defensa de la exención que «Vizcaya sólo quiere mantener su nobleza». Entre las ordenanzas de Gonzalo Moro (1394) y el Fuero Nuevo (1526) Vizcaya fue configurándose como una república de hidalgos⁶¹. Y como privilegio inherente a esa condición, se extendió y consolidó la exención del tormento.

⁵⁸ Memorial que dio el licenciado Francisco de Gamboa, abogado, en el negocio de Andrés Martínez de Lausagarreta, s. l. (¿Madrid?), s. f. (¿25.VII.1654?), en AHFB, Administración, AJ01444/032. Inventario de los objetos y documentación del Señorío recibidos por Juan García de Lobiano, secretario electo, Bilbao, 27.X.1654, en JJRRB, t. XIV, p. 371.

⁵⁹ Los documentos referidos fueron recogidos en la Nueva Recopilación de los Fueros guipuzcoanos, en concreto en el título XIII, capítulos X, *Como se ha de proceder en esta Provincia por indicios, sin poner á los de ella á question de tormento*, y XIV, *Que ningun alcalde de la Hermandad ponga á question de tormento á ningun natural de esta provincia, sin consejo y firma de Letrado conocido de ella*. ARAMBURU ABURRUZA, Miguel de (edición de M^a Rosa Ayerbe Iríbar), *Nueva recopilación de los fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y ordenanzas de la muy noble y muy leal provincia de Guipúzcoa (1696)*, FEDHAV, San Sebastián, 2014, pp. 490 y 492-493 respectivamente.

⁶⁰ ECHEGARAY, Carmelo de (edición de Lourdes Soria Sesé), *Compendio de las instituciones forales de Guipúzcoa. Epítome de las instituciones forales de Guipúzcoa*, FEDHAV, San Sebastián, 2009, pp. 100-101. MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, *Op. cit.*, pp. 271-272.

⁶¹ PORTILLO VALDÉS, José M^a, «República de hidalgos. Dimensión política de la hidalguía universal entre Vizcaya y Guipúzcoa», DÍAZ DE DURANA, José Ramón (ed.): *La lucha de bandos en el País Vasco: de los parientes mayores a la hidalguía universal*, UPV/EHU, Bilbao, 1998, 425-437.

Esta exención la encontramos ya en uno de los primeros ordenamientos vigentes en el Señorío de Vizcaya, las ordenanzas de Gonzalo Moro, de 1394. Concretamente, en su título 31⁶², sobre «*cómo por presunciones suficientes se debe fazer justizia*». En él se señalaban los tres motivos por los que «*la justicia en el condado de Vizcaya es muy despreciada*»; todos ellos íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos era que, para la ejecución del «malfechor» eran necesarios los testimonios de dos testigos. El tercero hacía referencia a la orografía del territorio, cuya morfología, «desbaratada e muy montuosa», hacía muy difícil encontrar dos testigos de un suceso. A nosotros nos interesa especialmente el segundo, que mencionaba dos razones. Por un lado, el que «*comúnmente*» en Vizcaya todos eran hidalgos, quienes gozaban de una exención de tormento en Castilla desde, supuestamente, el Ordenamiento de Alcalá (1348)⁶³. Por otro lado, el «*no aver tormento*», afirmación que parece estar refiriéndose a la condición exenta de la tierra. Así, ya en una fecha temprana como en 1394 tendríamos apuntadas las dos dimensiones, la subjetiva y la objetiva, de la exención de tormento que los posteriores ordenamientos desarrollaron.

Pero ¿toda Vizcaya era exenta? ¿Y todo aquel natural del Señorío? No parece que todavía fuera así. En el mismo título del cuaderno de Hermandad un inciso aclaraba que «*el tal malfechor si fuere villano sería metido a tormento*». Las villas vizcaínas disponían de ordenamientos jurídicos particulares, sus fueros (adaptación en mayor o menor medida del texto de Logroño/Vitoria)⁶⁴. Existía además la duda y debate de si el Fuero de Vizcaya afectaba y beneficiaba a los vecinos de las villas, o si era aplicable únicamente en la tierra llana. Si era el «*derecho común provincial*» del conjunto de Vizcaya, o sólo lo era de las tierras de infanzonazgo. Como hemos señalado en otra parte, fue a comienzos del siglo XVI cuando se asistió a la consolidación del uso generalizado del ordenamiento jurídico de la tierra de infanzonazgo, el Fuero de Vizcaya, como «*derecho común*» del conjunto del Señorío⁶⁵. Precisamente una de las manifestaciones de esa generalización la podemos observar en la materia del tormento. En 1514 la Junta de las Villas solicitó a la reina Juana que el corregidor siguiese el Fuero de Vizcaya en cierto pleito criminal⁶⁶. El delegado regio quería proceder contra ciertas personas acusadas de haber participado en un asesinato, queriendo

⁶² LÍBANO ZUMALACÁRREGUI, Ángeles, *Edición y estudio del Fuero de Vizcaya. El Fuero Antiguo (1342, 1394), el Fuero Viejo de Vizcaya (1452). Apéndice (1506)*, UPV/EHU, Bilbao, 2016, pp. 194-195.

⁶³ Recopilación de las leyes de estos reinos hecha por mandado de la majestad católica don Felipe II, Catalina de Barrio Angulo y Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640, t. II, libro Sexto, título II, ley IV, que el hijodalgo no pueda ser preso por deuda, ni puesto a tormento. Sobre las dudas existentes en torno a la presencia o no de una norma eximente para los hidalgos en el ordenamiento de Alcalá, véase MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, *Op. cit.*, pp. 262-263.

⁶⁴ SANTOS SALAZAR, Igor, «Apuntes sobre la organización jurisdiccional del territorio vizcaíno en los siglos XII-XIV», *Studia Historica. Historia medieval*, n° 22 (2004), pp. 33-56.

⁶⁵ GARCÍA MARTÍN, Javier, «El Fuero de Vizcaya en la doctrina y la práctica judicial castellanas», ARRIETA ALBERDI, Jon; GIL PUJOL, Xavier y MORALES ARRIZABALAGA, Jesús (coords.), *La diadema del rey. Vizcaya, Navarra, Aragón y Cerdeña en la Monarquía de España (siglos XVI-XVIII)*, UPV/EHU, Bilbao, 2017, pp. 53-168.

⁶⁶ Valladolid, 9.XII.1514. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, Javier; HIDALGO DE CISNEROS AMESTOY, Concepción y MARTÍNEZ LAHIDALGA, Adela, *Fuentes documentales medievales del País Vasco. Colección documental del Archivo Histórico de Bilbao (1501-1514)*, Eusko-Ikaskuntza, San Sebastián, 2000, pp. 1285-1286.

darles tormentos a los presos. La reina, sin embargo, observó que «ese dicho condado recibía mucho danno e agravio» si se les aplicase la tortura. Fueron las propias villas las que solicitaron a la reina que se siguiese el Fuero de Vizcaya, recientemente reformado, en un asunto referido a los habitantes de las villas.

Retornando al ámbito de la tierra llana y su ordenamiento jurídico, no encontramos una mención específica a la exención de tormento, ni del territorio ni de los vizcaínos, en el Fuero Viejo (1452), pues todavía no se había establecido la generalización de la hidalguía universal. Todavía no se había alcanzado esa ‘república de hidalgos’ en la que devendría Vizcaya tras la aprobación de la reforma del Fuero en 1526. Entre ambos ordenamientos se observa una paulatina consolidación de la exención, en paralelo a la generalización de hidalguía vizcaína. El tormento y su exención reaparecerán en la Reforma del Fuero llevada a cabo en 1506. Lo harán en su título 7⁶⁷, sobre las penas a imponer al reo contra el que hubiere indicios «*bastantes*» para ser atormentado, no siendo hidalgo. La ley de Hermandad disponía que los indicios que eran suficientes para dar tormento a quien no fuese hidalgo, fueran suficientes para condenarle. Pero el propio texto reconocía que esa ley «*algunas vezes se usa e otras uezes non se guarda, por ser como es algo rigurosa en condenarles por yndiçios*». Además, resultaba necesaria la confesión, y que perseverasen en esta, pues sin ello «*non podían ni de derecho pueden ser condenados*». Pero esto iba en detrimento de la justicia, dado que los malhechores podían salir impunes. Para hallar la solución a esta cuestión, los autores de la reforma acudieron a la doctrina, a «*las más verdaderas e comunes opiniones de los doctores*». Conformándose con ellos, decretaron que contra quien hubiere indicios suficientes, «*que el juez lo pueda condenar e dar otra pena extraordinaria menor e tal que no exçeda a la ordinaria*», aunque con salvedades, pues la pena no podía ser ni corporal, ni de pérdida de bienes, ni de destierro por un periodo mayor a tres años.

Como han observado y recogido todos los investigadores que se han acercado al derecho procesal vizcaíno y a la institución del tormento, la exención del tormento de los vizcaínos quedó definitivamente grabada en el Fuero Nuevo de Vizcaya (1526), siendo recogida en diversas leyes y títulos. La mayoría de los autores han reparado en la ley XII del título Primero del Fuero Nuevo de Vizcaya, *Tormento ni amenaza no se puede dar a vizcaíno*. Su enunciado era ya de por sí ilustrativo de la extensión de la exención, pues señalaba que

«sobre delito ni maleficio alguno, público ni privado, grande ni liviano, y de cualquier calidad y gravedad que sea, ahora sea tal que el juez de oficio pueda proceder, ahora no; que a vizcaíno alguno no se dé tormento alguno, ni amenaza de tormento, directa ni indirecta, en Vizcaya ni fuera de ella, en parte alguna».

No fue esa la única ley en la que quedó recogida la exención de los vizcaínos. La ley IX del título Noveno, *Que ningún vizcaíno en ninguna parte pueda ser atormentado ni conminado, sino en ciertos casos*, y que establecía cuestiones procesales, volvía sobre la misma exención, pero introduciendo «*ciertos casos*» en los que a los vizcaínos si se les podía aplicar el tormento. Estos eran los crímenes de herejía, los de lesa majestad

⁶⁷ LÍBANO ZUMALACÁRREGUI, Ángeles, *Op. cit.*, p. 375.

y falsa moneda, y el pecado nefando: la sodomía. Un aspecto en absoluto privativo de los vizcaínos, puesto que los demás conjuntos exentos del tormento también podían padecerlo en casos de delito de lesa majestad divina y humana⁶⁸. En tales casos, los vizcaínos podían ser sometidos a tormento doquiera que estuviesen. Podemos observar algún ejemplo al respecto. Escogemos para ello unos ejemplos de delitos contra la majestad divina. Todos aquellos quienes habían, supuestamente, cometido algún delito contra los dogmas y la religión católica podían ser amenazados e incluso sometidos a tormento, sin importar que fueran vizcaínos o no. El ejemplo más relevante durante el periodo que analizamos lo encontramos en el caso de los brujos y las hechiceras de la segunda década del siglo XVII. A la altura de 1616 los procuradores reunidos en Guernica se preocuparon por «*la maldita seta de los muchos brujos y brujas que en este dicho Señorío se abian descubierto y se yban descubriendo*». Para hacer frente a esa amenaza que ponía en peligro a la comunidad política vizcaína, el Señorío no descartaba la amenaza e incluso la puesta en cuestión de tormento no sólo de quienes se sospechara que fueran brujos, sino también de todos aquellos que pudieran “descubrir la verdad”, «*como lo debieran ser por ser caso heçeptuado en nuestro Fuero*»⁶⁹. No fue ese el primer caso que, teniendo causa en la religión, se aplicaba tormento a gentes naturales de Vizcaya. Ya en el siglo XV nos encontramos con los herejes de Durango, de los que, según señaló Juan de Mariana, «*muchos fueron puestos a cuestión de tormento*»⁷⁰.

El Señorío procuró, o cuando menos barajó la posibilidad de modificar el listado de casos exceptuados de ese privilegio, queriendo introducir un nuevo delito que podía dar pie a la aplicación de tormento. Se trató de la saca de vena del territorio a reinos extraños. Una actividad que ya aparecía penada en el Fuero Nuevo de Vizcaya (FNV, título Primero, ley XVII, *Que no se saque vena del Señorío para reinos extraños*), recibiendo una condena de carácter económico (pérdida de la mitad de sus bienes y la nao o bajel o cualquier otro medio por el que lo sacare y la mercadería que llevare) y otra política, pues quien lo hiciera sería «*desterrado perpetuamente destos reinos*». Menos de medio siglo después de la redacción del Fuero Nuevo, el Regimiento General del Señorío quiso añadir a los encausados por ese delito a la lista de quienes podían ser sometidos a tormento⁷¹. Una medida que iba dirigida principalmente contra unos determinados vizcaínos, los venaqueros de Somorrostro, a quienes se acusaba de llevar a cabo esa práctica contraría al Fuero. Además, la estaban realizando (según los del Regimiento) «*tan oculta y cautelosamente que bastante ynformacion dello no se podía hazer*», lo que impedía perseguir y castigar a los «*transgresores*» «*mediante justicia*». La falta de información estaba perjudicando no sólo a la

⁶⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Última etapa y la abolición...», p. 107.

⁶⁹ Junta General, Guernica, 19-20.VII.1616, en *JJRRB*, TLL, t. IX, pp. 26-29. REGUERA ACEDO, Iñaki, «La brujería vasca en la Edad Moderna: aquelarres, hechicería y curanderismo», *Revista Internacional de Estudios Vascos*, n° 9 (2012), pp. 240-283 y ZABALA MONTTOYA, Mikel, «1616/1617.eko sorgin-ehiza Bizkaian: Barneko kontraesan eta kanpoko erasoetako goi mailako taldeen konponbide», *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, t. 55, n° 1 (1999), pp. 93-114.

⁷⁰ BAZÁN DÍAZ, Iñaki, «Los herejes de Durango: un interrogante historiográfico por responder», *Clio & Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, n° 1 (2004), pp. 261-299.

⁷¹ Regimiento General, Durango, 16-18.XII.1571, en *JJRRB*, TLL, t. II, pp. 240-241, y Regimiento General, Bilbao, 16-17.I.1572, en ídem, p. 250.

justicia, dado que esta no se aplicaba, sino también a la economía local. A lo que se añadía que, según las instituciones vizcaínas, los venaqueros estaban incurriendo el delito *in lege magestatis*. Por todo ellos plantearon la posibilidad de solicitar una provisión real que posibilitase la aplicación de tormento en esos casos. Añadían además otra infracción que pudiera dar pie a la aplicación de tormento. Otra actividad que era pernicioso tanto para el territorio y sus naturales como para el rey: la saca de moneda a reinos extraños. Finalmente, las instituciones no remitieron a ningún comisionado para gestionarlo en la corte, por lo que no tenemos constancia de que si quiera le fuera planteada la cuestión al monarca.

Las instituciones no sólo admitieron y toleraron la aplicación de tormento a los vizcaínos en los casos exceptuados, llegaron a plantearse el incremento de casos exceptuados y, como veremos, llegaron a habilitarlo en suelo vizcaíno durante el último cuarto del siglo XVII, sino que también auxiliaron a las autoridades judiciales cuando estas les solicitaron su colaboración de cara a la aplicación de determinados tormentos. Por ejemplo, en 1691, en un momento en el que seguía en vigor la habilitación del tormento en Vizcaya por decreto del Señorío, un teniente de corregidor detuvo a un ladrón sacrílego que había robado en la iglesia de Santa María de Guernica y lo había hecho o intentado hacer en otras iglesias de la comarca. Unos delitos por los que el corregidor le sentenció a cuestión de tormento. Para su ejecución, solicitó la colaboración del Señorío, pidiéndole que se hiciera cargo de los gastos que supondrían el desplazamiento del ejecutor y el otorgar fianzas. La diputación general aceptó darle al teniente de corregidor 100 escudos de las arcas de la tesorería provincial para la aplicación de dicho tormento dentro de los límites de Vizcaya⁷².

La exención de tormento se convirtió en un pilar esencial de la hidalguía universal de los vizcaínos. El autor del principal texto en defensa de la hidalguía de los vizcaínos, el licenciado Andrés de Poza, mencionó la ley IX del título Noveno como una de las leyes del Fuero en las que fundamentaban los vizcaínos «*su intención de nobleza en propiedad*»⁷³. Por eso los órganos de gobierno del Señorío realizaron diversas peticiones para que se respetara la exención de que gozaban tanto los naturales de Vizcaya como el propio territorio. En 1551, por ejemplo, el Regimiento General solicitó y requirió al corregidor que guardase el capítulo de Fuero que establecía que a los vizcaínos no se les aplicase tormento, a lo que este accedió⁷⁴. Peticiones semejantes a las que veremos en Castilla para con algunos conjuntos exentos, tales como, precisamente, los hidalgos.

La lectura de diversas leyes del Fuero Nuevo de Vizcaya, entre otras la citada ley IX del título Noveno, nos permite observar una segunda dimensión de la exención de tormento: la territorial. El título primero de ese ordenamiento, que versaba «*de los privilegios de Vizcaya*», hablaba no sólo de los naturales, de los vizcaínos, sino también del territorio, de Vizcaya. Su ley doce hablaba de la prohibición de aplicar o

⁷² Diputación, Bilbao, 2.V.1691, en *JJRRB*, t. XX, p. 105.

⁷³ POZA, Ldo. Andrés de (edición de Carmen Muñoz Bustillo, traducción de M^a Ángeles Durán), *Fuero de hidalguía: Ad Pragmática de Toro & Tordesillas*, UPV/EHU, Bilbao, 1997, p. 186-221.

⁷⁴ Regimiento General, Durango, 21-22.I.1551, en *JJRRB*, VC, t. I, p. 312.

amenaza con tormento a los vizcaínos, «*en Vizcaya ni fuera de ella, en parte alguna*». Hacía referencia al privilegio de los vizcaínos, pero se hacía hincapié en que este era tanto dentro del territorio como fuera de él. Y es que en la república no se podía aplicar el tormento. Esta es, significativamente, la dimensión de la exención de tormento que más veces aparece en el Fuero Nuevo. El título Noveno es el más prolífico al respecto, pues versaba sobre las acusaciones y denuncias, «*y de la orden de proceder en ellas*». En su ley II, De la forma de cometer la recepción de la información y probanza en las causas criminales, se denunciaba «*que recrecía a los denunciados gran daño e inconveniente por haber en Vizcaya muchas parcialidades y enemistades y no haber tormento, aun contra testigos falsos*». La mencionada ley IX de este título no sólo recogía la exención de los vizcaínos, dada su hidalguía, sino que también apuntaba que «*Vizcaya es exenta y muy privilegiada, nunca en ella hubo cuestión de tormento por delito alguno, que fuese grande ni pequeño, público ni privado*». Y si bien en la misma ley se apuntaban cuatro excepciones a la exención de los vizcaínos, el territorio vizcaíno aparecía absolutamente exento, pues ningún tipo de delito imputado al reo podía dar a pie que este fuera sometido a tortura dentro de los límites de Vizcaya. Las sucesivas leyes de ese título reiteraban la exención del territorio. La ley X, *Cómo y en qué casos se puede hacer condenación por indicios*, retomaba lo apuntado tanto en las ordenanzas de Gonzalo Moro (1394) como en la reforma del Fuero Viejo (1506), reiterando que Vizcaya era «*privilegiada de no haber ende tormento alguno*». La ley XI, referente a cuestiones de derecho procesal civil, *Que en ningún pleito civil se tomen ad perpetuam rei memoriam sin citación de la parte*, también apuntaba que en el Señorío «*no [había] tormento para inquirir la verdad contra los testigos*».

Pero, como señalamos, que en Vizcaya no hubiera tormento no significaba que un reo detenido por el corregidor o cualquier otro juez en territorio vizcaíno no pudiera ser sometido a esa tortura. En caso de ser una persona no exenta, podía ser amenazado y sentenciado a cuestión de tormento. La exención era territorial, por lo que ese condenado podía ser sometido a la tortura judicial siempre que no se hallara dentro de los límites del Señorío. Todo hace indicar que, con el tiempo, fue consolidándose un procedimiento y un territorio que operó como espacio auxiliar para su aplicación. Se trata del valle de Ayala. Contamos con diversos casos que relatan la aplicación de tormento en ese valle a presos en las cárceles vizcaínas. Uno de ellos es el de Tomás Guerra, un milanés detenido en 1671, quien fue llevado a Ayala para que le fuera aplicado el tormento⁷⁵. Veremos la importancia de su caso de cara a la aplicación del tormento dentro de los límites del Señorío.

⁷⁵ Mencionado en AHFB, Administración, AJ01444/032. En la misma signatura se encuentra otro caso, datado en 1644. Antonio, un esclavo negro de Juan de Udayaga, indiano vecino del valle de Orozco, estaba preso como testigo instrumental de la causa. Las autoridades locales solicitaron al juez que no se le diera tormento en el valle, porque este «se regulaba por de los Fueros del Señorío de Vizcaya y estaban en esa costumbre». Por ello fue llevado a la cárcel del valle de Ayala, donde se ejecutó el tormento.

4. De lo absoluto y lo relativo: la actitud de las instituciones provinciales vizcaínas hacia el tormento (siglo XVII)

Reiteramos en este punto la importancia de las dos dimensiones de la exención de tormento recogidas en el Fuero de Vizcaya⁷⁶. Un desdoblamiento que tuvo su proyección en la defensa o modulación que de esta hicieron las instituciones del Señorío de Vizcaya. Estas no mantuvieron la misma actitud respecto de ambas a lo largo del periodo foral. En el caso de la exención de que gozaban los naturales vizcaínos, la defensa por parte de los Regimientos y las Juntas fue absoluta, en tanto que no toleraron y procuraron contradecir o reprender cualquier posible violación del privilegio. Lo que no entrañaba excesivos problemas para los casos en los que un ministro de la Corona estante en Vizcaya amenazase o procurase aplicarlo, dado que los miembros de los órganos de gobierno podían tener un conocimiento temprano del asunto y activar todos los resortes jurídicos a su disposición para impedir la aplicación del tormento, o solicitar la sanción por la Corona de un ministro que había violentado los Fueros. Mayor complejidad acarrearán los casos que tenían lugar fuera de Vizcaya. Por un lado, porque la distancia interfería en el conocimiento del caso, en tanto que lo obstaculizaba, por lo que, si se llegaba a tener noticia, la intervención del Señorío podía producirse demasiado tarde como para impedir el tormento. Por otro lado, porque la capacidad de oposición e influjo del Señorío era menor en aquellos tribunales de la Corona cuanto más lejos se encontraban del territorio.

La actitud de las instituciones vizcaínas respecto a la segunda vertiente de la exención, la territorial, fue sensiblemente distinta. Dijimos que en diversas leyes del Fuero Nuevo se señalaba que la propia Vizcaya era exenta, es decir no se podía aplicar tormento dentro de los límites del Señorío. Con todo, la principal exención para las instituciones siempre fue la personal, en tanto que era la que garantizaba que todos los naturales vizcaínos no pudieran sufrir ni siquiera amenaza de tormento, y por eso centraron sus actuaciones en la defensa de esta. Y también hemos de recordar que la exención de Vizcaya no impedía la aplicación de tormento a aquellos foráneos detenidos en este territorio, aunque estos debían ser llevados allende Vizcaya para ser sometidos a tortura judicial, para posteriormente ser devueltos al Señorío. Factores que, como veremos, influyeron en la decisión que adoptó el Señorío en 1672.

4.1 Lo absoluto: la defensa de la exención de los vizcaínos

Como señalamos, la exención del tormento estaba ligada a la condición nobiliaria de los vizcaínos. La hidalguía universal era el fundamento por el que estos estaban exentos, pues los hidalgos no podían ser sometidos a tormento. Pero ello no significaba que esa exención fuera seguida en los tribunales, y que por lo tanto no padecieran torturas. Estudiaremos con detenimiento el caso de los vizcaínos, pero estos no fueron los únicos que sufrieron abusos e incumplimientos del privilegio de

⁷⁶ Observada también por BERNAL SERNA, Luis M^a, «Teoría y práctica...».

exención de tormento. Señalamos que en la Corona de Castilla existían distintos grupos que por su rango social o su dignidad, o por su condición física no podían ser sometidos a tormentos. Entre los primeros se hallaban los nobles castellanos, entre los que se encontraban los hidalgos. Estos no podían padecer tormento, teóricamente desde el ordenamiento de Alcalá de 1348. Pero a estos tampoco se les respetó la exención. Las Cortes protestaron en diversas ocasiones por las actuaciones de los jueces contra esa exención⁷⁷. Así lo hicieron, por ejemplo, en las que tuvieron lugar en Madrid a finales del siglo XVI. Y, ante las protestas planteadas por los procuradores, Felipe III ordenó que se guardase y se cumpliese la exención de que gozaban los hidalgos⁷⁸.

El principal riesgo para los vizcaínos y para las autoridades vizcaínas eran los tribunales reales ubicados más allá de los límites del Señorío, principalmente en las sedes de las chancillerías y en la corte. De hecho, los casos referentes a la amenaza o sometimiento de tormento solían ir unidos a otra exigencia por parte del Señorío: la remisión del caso al Juez Mayor de Vizcaya⁷⁹. Merced a otras leyes del Fuero de Vizcaya, todos los naturales vizcaínos debían ser juzgados por ese juez y en la Sala de Vizcaya, radicados en la Chancillería de Valladolid (FNV, título Primero, ley XIX, *Que los vizcaínos no pueden ser convenidos fuera de Vizcaya, sino delante del Juez Mayor por cualquier contrato y delito, y que se remitan al Juez Mayor, declinando la jurisdicción de los jueces*; FNV, título Primero, ley XX, *De la Sala de Vizcaya*)⁸⁰. Una instancia privativa que las instituciones forales defendieron celosamente. Ambas peticiones, la del respeto de la exención y la remisión a ese juez privativo, estaban encaminadas a un mismo objetivo, la defensa de la foralidad y de los privilegios de que gozaban los naturales del Señorío. Fuera del Señorío los vizcaínos sólo estaban amparados por una de las dos dimensiones de la exención, la personal. Su naturaleza vizcaína era lo que impedía que fueran amenazados o que padeciesen tormento. Téngase en cuenta la importante presencia de hijos del Señorío de Vizcaya en los territorios de la Corona castellana, y también en Indias⁸¹. Pero su condición debía ser demostrada. Lo que acarrea problemas, pues si no lo hacían, o no lo hacían a su debido tiempo, el juez podía aplicarles el tormento. Las instituciones vizcaínas estuvieron alerta y atentas para defender a los vizcaínos, y para salvaguardar los Fueros que estos disfrutaban. Conviene con todo subrayar que el interés de aquellas no radicaba tanto en la protección particular de un determinado vizcaíno, como en la defensa general de los privilegios de Vizcaya y sus naturales. Los órganos de gobierno de Vizcaya fueron conscientes de que la violación de alguna de las exenciones de sus naturales sentaba

⁷⁷ MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, *Op. cit.*, pp. 264-265.

⁷⁸ Recopilación de las leyes..., t. I, libro Segundo, título IV, ley LXI.

⁷⁹ Un ejemplo es el de Pedro de Solaun, hijo del Señorío, para quien se solicitó «*que no le pusiesen en cuestión de tormento por ser contrafuero y se le remitiese su caussa al señor juez mayor, como con efecto la remitieron*». Diputación, Bilbao, 5.XI.1666, en *JJRRB*, t. XVI, p. 169.

⁸⁰ MARTÍN RODRÍGUEZ, Jacinto, «Figura histórico-jurídica del Juez Mayor de Vizcaya», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 38 (1968), pp. 641-669.

⁸¹ OTAZUY LLANA, Alfonso de y DÍAZ DE DURANA ORTIZ DE URBINA, José Ramón, *El espíritu emprendedor de los vascos*, Sílex, Madrid, 2008. ANGULO MORALES, Alberto, «Los frutos de la movilidad. La emigración norteña peninsular en Madrid y el Imperio (siglos XVII y XVIII)», *Obradoiro de Historia Moderna*, n° 24 (2015), pp. 113-139.

un precedente peligroso para el conjunto, no sólo de los colectivos de vizcaínos presentes a lo largo de la Monarquía, sino también del cuerpo provincial, en tanto que su ordenamiento se veía menoscabado.

4.1.1 El caso de Andrés Martínez de Lausagarreta (c. 1654)

Para exponer la actitud defensiva que mantuvieron las instituciones vizcaínas seleccionamos uno de los casos más significativos que hemos encontrado durante el siglo XVII. Se trata del caso de Andrés Martínez de Lausagarreta, natural de la villa de Marquina, y uno más de los múltiples vizcaínos que sirvieron al rey en la administración de la guerra a lo largo de los siglos moderno. Una carrera en la que desempeñó, entre otros cargos, el de veedor y contador del ejército que se aposentaba en Zamora para la guerra contra el reino rebelde de Portugal durante la guerra de Restauración (1640-1668)⁸². Martínez de Lausagarreta fue responsable de esa veeduría y contaduría apenas cuatro meses y medio, entre el 20 de diciembre de 1644 y el 8 de mayo de 1645, cuando pasó a ejercer los mismos oficios en la escuadra de Jerónimo de Masebradi, sirviendo posteriormente en la Armada al mando de Juan José de Austria, en Italia. Pero siete años después de salir de Zamora, cuando se encontraba en Vizcaya, fue llamado por la Junta de Guerra de España. El secretario de esta, Francisco de Galarreta, le indicó que tenía que ir a Zamora a dar cuenta de sus actuaciones durante su estancia ante el visitador Diego de Goienaga. Este, al parecer, le puso en cárcel pública, debido a ciertas acusaciones de irregularidades en el gasto y la contabilidad que había llevado a cabo.

No nos vamos a detener a relatar su caso ni en qué paró, pues lo que nos interesa son las actuaciones llevadas a cabo por el Señorío para que este vizcaíno no fuera sometido a tormento. Los órganos vizcaínos recibieron las primeras noticias en 1653. En septiembre de ese año el Señorío escribió a su agente en la corte comentándole las nuevas recibidas sobre el caso de Lausagarreta, que se hallaba preso, y a quien se había ordenado someterlo a cuestión de tormento⁸³. Las instituciones vizcaínas transmitieron a su agente su creencia de que ello era más una amenaza intimidatoria que una resolución a ejecutar (*«bien me parece que esto no mira a la ejecución sino a terror»*). Pero tanto si esto era una simple amenaza, como si iba a ser efectiva, iba contra el Fuero, por lo que se debía actuar. Desde Vizcaya se ordenaba a su agente *«salir a contradicción en mi nombre, haciendo todo esfuerzo y diligencias necesarias»*, *acudiendo para ello a «los abogados de mayor opinión»*.

Uno de los letrados que defendieron la posición del Señorío frente al intento del tribunal de aplicar tormento a un vizcaíno fue otro hijo del territorio: Francisco de Gamboa. El propio Señorío estaba encargándose de promocionarlo, habiendo escrito misivas a las más altas instancias políticas y jurídicas para solicitar su ascenso. Él

⁸² GARCÍA GUERRA, Elena M^a, «Los oficios de la administración económica militar: ordenanzas, fraudes e intentos de control durante la Edad Moderna», GARCÍA HERNÁN, Enrique y MAFFI, Davide (eds.), *Guerra y sociedad en la Monarquía Hispánica. Política, estrategia y cultura en la Europa moderna*, vol. II, Mapfre, Madrid, 2006, pp. 549-554.

⁸³ Copia de carta del Señorío de Vizcaya a Antonio Pérez de Landa, su agente en la corte, Vizcaya, 12.IX.1653, en AHFB, Administrativo, AJ01439/001, fol. 27r.

fue el autor de un texto presentado para defender la exención del mencionado vizcaíno⁸⁴. Este licenciado vizcaíno centró su defensa no tanto en la exención en sí, sino en la del conjunto del ordenamiento jurídico que se estaba viendo atacado al no respetarse uno de los privilegios recogidos en él, y que protegía a los vizcaínos. Desfilaban algunos de los principales argumentos histórico-míticos y políticos que sustentaban el conjunto de privilegios y el peculiar engarce del Señorío en la Corona castellana, desde la venida de Tubal esas tierras hasta el vasco-cantabrisismo⁸⁵. Este último lo ligaba con el argumento central de la parte en la que exponía los fundamentos: la invencibilidad de los vizcaínos y sus constantes aportes a la defensa del propio territorio y del conjunto de la Monarquía. Lo primero también le lleva a hablar de los constantes acuerdos existentes entre Vizcaya y sus señores, quienes la habían gobernado no por propiedad o derecho, «sino por elección y voluntaria entrega». Lo que se había perpetuado con la «*unión, servicio obediencia*» a los reyes de Castilla, cuyo señorío era «*con calidad y condición que fuesen conservados, amparados por sus fueros*». Obsérvese que un texto redactado para defender la exención del tormento centraba su argumentación no en esta exención, sino en el conjunto de privilegios del Señorío y sus naturales. Además, Francisco de Gamboa no acudió únicamente a argumentos jurídico-históricos para defender los Fueros. También refirió los servicios de hombres realizados por el territorio durante el reinado de Felipe IV, y especialmente desde el estallido de la guerra con el reino francés en 1635, por tierra y por mar, en las armas y en las letras. Un recordatorio al rey de la lealtad y servicios prestados por los vizcaínos, quienes únicamente solicitaban como contrapartida la conservación de la integridad de sus fueros.

A continuación, Gamboa pasaba a exponer el motivo de ese alegato, que era la condena a cuestión de tormento de Lausagarreta. Para ello no acudía a trabajos doctrinales, sino que se centraba en dos leyes del Fuero Nuevo de Vizcaya, las mencionadas título Primero, ley XII y título Noveno, ley IX, las cuales transcribía. También recordaba la confirmación de los fueros hecho por el rey, al igual que sus antecesores. Señalaba asimismo que, si bien los hidalgos castellanos gozan igualmente de un fuero, este era de naturaleza diferente al castellano, pues aquel era concedido, mientras que este era «*originario y natural*». Refería la ley 3 del título 36 del Fuero de Vizcaya, sobre que se utilice ese ordenamiento para juzgar y sentencia a los vizcaínos tanto fuera como dentro de Vizcaya. Por lo que, quedaba claro, frente a lo que algún ministro pudiera sugerir, a los vizcaínos no se les podía aplicar tormento, ni se les podía conminar. Y ese parecía haber sido el motivo, pues se concluye que un ministro, en la Junta Particular que estaba tratando el caso, había señalado que los vizcaínos sólo habían de gozar del Fuero en el Señorío, no fuera de este.

Además de argumentos jurídicos, las instituciones vizcaínas recurrieron a medios políticos para conseguir que se conservase la exención que, como vizcaíno, debía gozar el mencionado Lausagarreta. Contactaron con el principal personaje cortesano

⁸⁴ Vid. supra cita 58.

⁸⁵ ELÍAS DE TEJADA, Francisco, *Op. cit.* MAÑARICÚA Y NUERE, Andrés E. de, *Historiografía de Vizcaya (desde Lope García de Salazar a Labayru)*, La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1971. MONREAL ZIA, Gregorio, «Anotaciones sobre el pensamiento político tradicional vasco en el siglo XVI», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 50 (1980), pp. 971-1004.

del periodo, el valido del monarca, Luis Méndez de Haro, valido del rey y que además era, según rememoraba el Señorío, descendiente de un linaje que cuyos miembros fueron señores de Vizcaya: los Haro⁸⁶. Un vínculo histórico-político que el Señorío quiso explotar, en tanto que sus obligaciones para con la antigua posesión de su linaje le movería, confiaban, a favorecer la defensa del ordenamiento jurídico reminiscente de aquel que, míticamente, habían confirmado todos los señores del territorio, desde Jaun Zuria hasta los reyes de Castilla, pasando por los miembros de la casa de Haro de la que descendía el propio don Luis. Por eso le pidieron amparo⁸⁷.

Pero el Señorío no dejó de dirigirse también a su señor de entonces, Felipe IV, y a la vez juez supremo, quien había confirmado los Fueros vizcaínos pocos meses después de acceder al trono⁸⁸. A él le escribió para señalarle que «*uno de los privilegios y exenciones más principales que tienen mis naturales es que ninguno de ellos se pueda poner en cuestión de tormento*». El Señorío apelaba al rey no sólo como juez, sino también como garante y parte interesada como señor, y como tal obligado por el pacto originario. Para sustentar su postura, el Señorío acudía al Fuero que el propio monarca había confirmado poco después de subir al trono, en 1621. Se le señalaba que las acusaciones hechas contra Lausagarreta no respondían a ninguno de los casos que aparecían exceptuados en el ordenamiento vizcaíno. No dejaba de apuntarse que esta era una «*exención y privilegio tan importante a la nobleza de mis naturales*». Por todo ello se le pedía, «*por piedad y clemencia*», que mandase sobreseer el caso.

4.1.2 La persecución de los ministros que incumplen la exención: el caso de Ambrosio Arevalo

El Señorío buscaba la protección del reo vizcaíno a priori, es decir, antes de que la justicia real o cualquier otra jurisdicción le amenazara y, en su caso, le aplicara el tormento. Acabamos de observarlo en el caso de Andrés Martínez de Lausagarreta. Otro ejemplo lo encontramos en 1581. La Corona había enviado un juez pesquisidor a Balmaseda para llevar a cabo las averiguaciones y actuaciones necesarias para esclarecer la muerte de un tal Andrés Enrique. El comisionado fue el doctor Fraga Pardo, quien pretendió aplicar tormento a diversos vecinos de la villa de Balmaseda. El Regimiento Particular ordenó que se llevaran a cabo todas las actuaciones necesarias para que el juez pesquisidor observara la exención de tal padecimiento, «*porque en Vizcaya no [ha] abido ny puede aber tormento, cominaçion ni amenaza alguna*», ni a él se le podía aplicar aun fuera de Vizcaya, salvo en los cuatro casos que aparecían reservados en el Fuero, «*y el negoçio en que proçede el dicho juez no hera ninguno de los reserbados*»⁸⁹.

⁸⁶ MERINO MALILLOS, Imanol, «“Verdadero descendiente de mis antiguos señores”. El Señorío de Vizcaya y los miembros de la familia Haro en el siglo XVII: la búsqueda un patronazgo en la corte», *Studia Historica. Historia Moderna*, vol. 38, n° 1 (2016), pp. 255-285. VALLADARES RAMÍREZ, Rafael (ed.), *El mundo de un valido. Don Luis de Haro y su entorno, 1643-1661*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁸⁷ Copia de la carta del Señorío de Vizcaya a Luis Méndez de Haro, Vizcaya, 20.VII.1654, en AHFB, Administración, AJ01439/001, fol. 62v.-63r.

⁸⁸ Copia de la carta del Señorío de Vizcaya al rey, Vizcaya, 20.VII.1654, en AHFB, Administración, AJ01439/001, fol. 61v.-62r.

⁸⁹ Regimiento Particular, 16.IV.1580, en JJRRB, TLL, t. III, p. 341.

Pero al Señorío no le fue siempre posible impedir la aplicación o la amenaza del tormento, pues en ocasiones las instituciones vizcaínas o bien no tuvieron conocimiento de su padecimiento, o bien este se había tenido con un margen tan escaso que había hecho impracticable su oposición, teniendo incluso conocimiento del asunto una vez había sido ejecutado. Si el Señorío llegaba a tener noticia de la violación del privilegio, comenzaba otra fórmula para proteger esa exención, e impedir así que se repitiera en futuras ocasiones. Los órganos de gobierno vizcaínos actuaban contra aquellos ministros de la Corona que hubiera aplicado el dicho tormento, acudiendo a los tribunales reales para buscar el ‘reparo’ del daño que este había causado, tanto al vizcaíno o vizcaínos en particular, como al conjunto de Vizcaya y sus Fueros en general.

Disponemos de un ejemplo muy significativo durante el periodo objeto de nuestro estudio, dado que se trató de un ministro de la Corona en el Señorío de Vizcaya. El licenciado Ambrosio Arévalo fue teniente de corregidor durante el corregimiento de Bernardo Cervera Lasarte, entre 1642 y 1647. Toda vez ambos ministros hubieron terminado sus mandatos, el Señorío procedió a residenciar al corregidor, contra quien no encontró reproche alguno. Al contrario, su impecable actuación movió a las instituciones vizcaínas a recomendar su persona al presidente del Consejo de Castilla. La situación de su teniente era la contraria⁹⁰. Ya en la Junta General en la que se había recibido al nuevo corregidor se había apuntado que algunos de los oficiales (en esencia, el mencionado teniente de corregidor) del saliente ministerio habían hecho «*ofensa general del Señorío*», por lo que se requirió a los consultores del Señorío que expresaran su parecer sobre cómo actuar con ellos. La memoria que estos estudiaron contenía hasta nueve acciones contrarias al Fuero y excesos que se achacaban al licenciado. Tres versaban sobre el tormento. En dos casos había amenazado a dos vizcaínos con aplicárselo. El primero fue el de María Ortiz de Laveaga, vizcaína originaria, a quien tuvo encerrada en su casa, y habiendo llamado al verdugo y llevado cordeles y otros instrumentos de tortura, «*la dixo que la havia de azer pedaços a tormentos si no declarava y deponía en la forma que se lo havia persuadido*». El segundo fue el de Francisco de Uriarte, cirujano y vizcaíno originario, a quien también amenazó por el mismo caso, «*diçiendole con grande rigor que le mataria a tormentos sino declarava lo que le avia preguntado*». En ambos casos el teniente, según los cargos que se le imputaban, había amenazado con aplicarles tormento, aunque no parece que llegara a aplicárselo, seguramente porque eran vizcaínos originarios. No era este el caso de Francisca Garreo, vizcaína nacida y criada en el Señorío, y de madre vizcaína, pero de la que no se señala que fuera vizcaína originaria. Tal vez ese fue el motivo por el que, en este caso, el teniente de corregidor sí le aplicó tormento, al igual que hizo a Francisca de Borbein.

Las acusaciones de violación de esta exención configuraban el pilar de los quebrantos, pero estos no se circunscribían a ese privilegio. Se le acusaba, entre otros

⁹⁰ Diputación, Bilbao, 6.VIII.1647, en *JJRRB*, t. XIII, pp. 419-420. Consúltense los interesantes apuntes que hizo Castillo de Bovadilla sobre las posibles acusaciones de uso indebido de tormento en los juicios de residencia de los corregidores, transcritas por TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «De la práctica del tormento», TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial...*, pp. 15-35.

delitos, de haber vivido amancebado y haber tenido hijos durante su estancia en Vizcaya, y también estaba acusado de haber cometido estupro. Además, se le acusaba de haber actuado mal como juez, pues tenía que comenzar sus audiencias a las siete de la mañana, pero no lo había hecho hasta las diez u once. Por todo ello, los letrados consultados concluyeron que el Señorío debía querellarse contra Ambrosio Arévalo, y que debía seguir la residencia por su cuenta⁹¹. Lo que el Señorío hizo, apelando la sentencia emitida por el corregidor entrante y acudiendo a los tribunales para que la pena le fuera incrementada. Allí el Señorío presentó una *Querella legal* al monarca contra el licenciado Ambrosio Arévalo, sobre el quebrantamiento de algunos de los fueros⁹². Conviene insistir en que la aplicación y amenaza de tormento era sólo uno de los múltiples cargos de los que se acusaba al antiguo teniente de corregidor. Pero la principal «ofensa» que había cometido el teniente de corregidor era la del tormento. El Señorío acudía al rey para encontrar justicia, pues consideraba que la sanción impuesta por el corregidor entrante era insuficiente. Como se reconocía en el texto de la *Querella*, lo que se buscaba con ella era el aumento de la pena impuesta y que se hiciera «*demostración justa*».

En sus cartas al agente en la corte el Señorío le transmitió cuál era el objetivo que se perseguía con esa intervención. Las instituciones vizcaínas no podían conformarse con que el ministro que había violentado sus Fueros fuera castigado con una pena leve, o una que las instituciones vizcaínas considerasen como tal. Los integrantes de los órganos de gobierno, conscientes de que una pena leve no disuadiría a los sucesivos tenientes de corregidor y demás ministros de la Corona de incurrir en los mismos excesos, quisieron que la condena de este ministro sirviera de ejemplo para los futuros. Por eso, cuando tuvieron conocimiento de que el corregidor entrante le había multado «solamente» con 10.000 maravedíes por haber aplicado tormento a Francisca Garreo, consideraron la pena insuficiente⁹³. Y con ese objetivo escribieron distintas cartas a diversos consejeros, entre ellos al presidente del Consejo de Castilla, para que incrementaran la pena impuesta a Arévalo por las múltiples ofensas y contrafueros que había cometido⁹⁴. El Señorío activó todos los resortes judiciales y políticos existentes para garantizarse una sanción al teniente de corregidor, que fuera ejemplarizante para los futuros ministros de la Corona.

⁹¹ Dictamen jurídico sobre el capitulado, que se incluye, para residenciar al exteniente general de corregidor, Bilbao, 17.VI.1647, en *JJRRB*, t. XIII, pp. 437-439.

⁹² MOROTE BLÁZQUEZ, Ldo. G., *Querella legal presentada por el muy noble y muy leal Señorío de Vizcaya, a la majestad católica real del don Felipe IV, su señor, rey de las Españas, siempre clemente, contra el licenciado don Ambrosio Arévalo Sedeño de la Cárcel, teniente general de corregidor que fue del mismo, sobre quebrantamiento de algunos fueros*, s.l., s.f. (¿1647-1648?).

⁹³ Copia de la carta del Señorío de Vizcaya a Diego de Mendoza, Vizcaya, 6.VIII.1647, en AHFB, Administración, AJ01481/006, fols. 110v.-111r.

⁹⁴ Copia de la carta del Señorío de Vizcaya a diferentes consejeros, Vizcaya, 4.X.1647, y copia de la carta del Señorío de Vizcaya a diferentes señores, Vizcaya, 5.X.1647, en AHFB, Administración, AJ01481/006, fols. 114r.-114v.

4.2 Lo relativo: el criterio territorial. La habilitación del tormento a foráneos en el solar vizcaíno (1672-1697)

Al igual que hemos visto con la dimensión personal de la exención, el Señorío también se preocupó de que la territorial fuera observada y de que todo aquel que debía ser sometido a tormento fuera sacado del territorio para padecerlo. No sólo eso, sino que también se procuraron documentos que ratificasen el procedimiento; que certificasen que los foráneos debían ser atormentados fuera de los límites de Vizcaya. En 1644, por ejemplo, el Señorío escribió a su agente en la corte, requiriéndole el envío de un testimonio de como por unos determinados autos constaba *«haber sacado de mi jurisdicción a un forastero para dar tortura en observancia de mis Fueros»*. Las instituciones provinciales lo querían para depositarlo en el archivo de Guernica⁹⁵. Que el Señorío buscase ese testimonio nos indica que, seguramente, no todos los ministros respetaban o habían respetado esa exención, o que por lo menos consideraba que existía un cierto riesgo al respecto. Y, por ello, resultaba necesario disponer no sólo de una exención recogida en el ordenamiento jurídico, sino también de documentos jurídicos que corroborasen su uso en los tribunales; su respeto por parte de los jueces del rey.

El Señorío varió su postura respecto a la exención territorial, pues pasó de interpretarla de una forma generalizada (ninguna persona, daba igual su condición o naturaleza, podía ser sometida a tormento en Vizcaya) a una restrictiva, en la que sólo para quienes reunieran unos determinados requisitos se mantendría la exención territorial. El territorio y su derecho eran propiedad de la comunidad política de los vizcaínos, cuya asamblea general estaba facultada para interpretar y reinterpretar el ordenamiento jurídico, y así procedían en este caso. Fue el síndico del Señorío quien planteó el problema a los junteros reunidos en Guernica que dio origen a la reinterpretación del Fuero⁹⁶. Según afirmó aquel, la exención de tormento en el territorio vizcaíno estaba favoreciendo a determinados malhechores forasteros, cuyos casos no estaban pudiendo ser averiguados mediante procedimientos de oficio, y por ende no estaban siendo castigados. El síndico solicitó a los allí presentes que adoptaran alguna medida que permitiese atajar el problema, *«sin que se rosasen en ella los dichos Fueros»*. Los procuradores reunidos en Guernica procedieron a interpretar el Fuero y realizar una lectura restrictiva del mismo. Así, la no aplicación del tormento dentro de Vizcaya únicamente alcanzaría a *«los naturales y avezindados»* en ella, *«y a los que no fueren naturales o avezindados no les balga en quanto a que no se les de tormento dentro del Señorío»*. Medida que finalmente fue corroborada, pese a la oposición de los representantes de la villa de Bilbao y las anteiglesias de Abando y Zamudio. Entre los motivos que llevaron a estas dos y, principalmente, a la villa, a mostrarse contrarias a la medida estaría el constante trasiego de comerciantes extranjeros dentro de sus límites, quienes podían verse perjudicados por la medida adoptada por la Junta General.

⁹⁵ Copia de la carta del Señorío de Vizcaya a Martín de Ajo Camino, Vizcaya, 2.IX.1644, en AHFB, Administración, AJ01481/006, fol. 22r.-22v.

⁹⁶ Junta General, Guernica, 11-12.X.1672, en JJRRB, t. XVII, p. 40.

La resolución adoptada por aquella Junta General tuvo seguramente causa mediata en el aumento de la violencia en el seno de la sociedad vizcaína del periodo. Luis María Bernal ha observado que la segunda mitad del siglo XVII fue «*el periodo en el que hubo un mayor número de muertes violentas en Vizcaya durante la Edad Moderna*», siendo especialmente conflictiva la década inmediatamente anterior a la de la toma de esa resolución, la de 1660⁹⁷. Un contexto de creciente violencia y criminalidad que propició el endurecimiento del proceso penal para los forasteros. De hecho, con toda probabilidad un caso fue la causa inmediata de la modificación de lo establecido sobre el tormento. A comienzos de 1672 fue detenido un milanés, Tomás Guerra, antiguo soldado que deambulaba por el Señorío, y que fue acusado de diferentes robos⁹⁸. A él se le quiso aplicar tormento, pero los consultores y otros letrados cuyo consejo fue requerido por el síndico procurador general concluyeron, con distintos matices, que, en base a lo dispuesto en el Fuero, no se podía aplicar el tormento dentro de los límites del territorio. Si eso ocurría en mayo de ese año, apenas cinco meses después los junteros reunidos en Guernica habilitaban el tormento dentro de los límites de Vizcaya.

La ausencia de una oposición generalizada al decreto invita a pensar que su aplicación fue pacífica durante el periodo de tiempo que estuvo vigente. La medida fue mantenida durante un cuarto de siglo, al parecer sin más contradicción que la planteada en aquel primer momento por los procuradores de tres repúblicas presentes en Guernica. Sin embargo, la habilitación del tormento territorial acabó afectando a la otra vertiente de la exención, que no había sido modificada. Los ministros de la Corona, amparándose en el decreto de las Juntas Generales, aplicaron el tormento dentro del territorio no sólo a los foráneos, sino también a quienes no podían demostrar su vizcainía. Antes del decreto de 1672 también pudieron darse casos semejantes, pero la necesidad de que los jueces sacasen al reo fuera de los límites provinciales para aplicarle el tormento posibilitaba que el Señorío tuviera conocimiento y pudiera actuar y en última instancia impedirlo. Sin embargo, ahora que se les podía aplicar en Vizcaya, las intervenciones del Señorío eran tardías, y por lo tanto baldías.

Nuevamente un caso concreto fue el detonante que llevó a que las Juntas Generales reverteran su decisión y devolvieran a Vizcaya su carácter de exenta en lo que al tormento hacía referencia. Su protagonista fue Juan de Ezcurra, natural de la anteiglesia de Mungia e hijo de madre vizcaína y de padre navarro, y que era hidalgo y dueño de una casa solar en Vizcaya, la de Vizcarra. Ezcurra fue acusado de haber cometido un homicidio junto con un primo suyo. Fue preso y llevado a la cárcel de Bilbao (lo que supuso el primer incumplimiento del Fuero en este proceso)⁹⁹. El corregidor le sentenció a cuestión de tormento. Los gritos que profirió el reo desde la ventana de la cárcel al saberse atormentado propiciaron que el caso llegase a oídos de los síndicos, quienes se personaron donde estaba detenido, y requirieron al corre-

⁹⁷ BERNAL SERNA, Luis M^a, *Crimen y violencia...*, pp. 36-45.

⁹⁸ Su caso, con el de otros encausados, en AHFB, Justicia, JCR1008/005.

⁹⁹ AHFB, Administración, AJ01444/032, fols. 94r.-105r.

gidor que no le fuera aplicada tortura. Pese a ello, el corregidor le aplicó tormento, «*haciéndole limar los grillos a un herrero para que fuese la ejecución con más cautela y silencio*».

El Señorío, considerando la gravedad del caso, solicitó el parecer de diversos letrados, quienes ofrecieron opiniones divergentes al respecto, entre las que no faltaban aquellas que avalaban la aplicación del tormento, dado que no había podido probar su vizcainía. Un detalle que no pasó desapercibido a los junteros reunidos unos meses después, pues observaron que el mencionado Ezcurra fue atormentado «*por no haver provado [...] la jenealoxia conforme se le estava mandado*». Los presentes en Guernica reaccionaron decretando «*que de aquí adelante a ninguno, ora sea vizcaino o de fuera parte, no se de tormento en el distrito de su señoría*», derogando explícitamente lo decretado por el mismo órgano veinticinco años atrás¹⁰⁰. Con ello buscaban obstaculizar la repetición de abusos semejantes, en tanto que, a partir de entonces, los corregidores, en caso de querer aplicar el tormento, deberían volver a sacar al reo de los límites del Señorío. Una dilación que permitiría a las instituciones vizcainas reaccionar cuando tuvieran conocimiento.

5. Recapitulación final

Concluimos aquí este estudio sobre las exenciones de tormento recogidas en el Fuero de Vizcaya. Posteriores trabajos en los que ahondemos en la lectura de los ordenamientos jurídicos como en la documentación archivística permitirán profundizar en el conocimiento de una institución clave en el mundo procesal del *ius commune* y su tratamiento en el ordenamiento jurídico y ámbito judicial vizcaino. En esta investigación hemos podido observar que no se trató de un privilegio exclusivo de los vizcainos. En el caso de la Corona de Castilla, entre los conjuntos privilegiados, favorecidos con privilegios personales, se hallaban los hidalgos desde, teóricamente, el ordenamiento de Alcalá de 1348. Fue precisamente la condición hidalga de los naturales de Vizcaya la que propició que, como el resto del territorio castellano, no pudieran ser sometidos a tortura. Una exención que en principio gozaban los hidalgos de la tierra infanzona, pero que fue extendida a los de las villas y ciudad a comienzos del siglo XVI, en paralelo al proceso de consolidación tanto de la hidalguía universal de los vizcainos como del Fuero de Vizcaya como derecho común de todo el territorio vizcaino.

Fundamental resultaría, en este sentido, la consolidación jurídico-pública en la definición del orden político de la monarquía en unidades territoriales diferenciadas, aspecto éste que permite entender lo simbólico de los límites en la aplicación territorial de la tortura. La importancia creciente del simbolismo político de ésta explica, por ello, que el problema común a la Europa del s. XVII más que de la posible contraposición entre *ius commune* y *common law* –que, como se ha visto en el caso escocés no fue tal– fuese la de definir la jurisdicción considerada ordinaria en relación a la prerrogativa regia de hacer uso de la tortura como medio con el que reducir las exenciones –nobiliarias– previamente concedidas. La vía para la monarquía

¹⁰⁰ Junta General, Guernica, 22-24.X.1697, en *JJRRB*, t. XXI, p. 136.

sería la afirmación y extensión de los casos (herejía, acuñación de moneda, etc.) en los que la exención personal debía ceder ante el carácter territorial de la soberanía. Y es precisamente este afán de afirmación creciente de la potestad soberana de la monarquía, lo que explica la pretensión vizcaína de reafirmar, por el contrario, la definición legal y doctrinal de los límites territoriales de aplicación de la exención de la tortura, así como las autoridades y los ámbitos encargados de hacerla efectiva como un medio de distinguir entre naturales exentos y foráneos sujetos a tortura.

Por otra parte, no podemos dejar de subrayar que esta exención no tenía por qué implicar una ventaja para aquellos que disfrutaban de la misma, o no siempre, dado que en el derecho procesal del *ius commune*, su no aplicación podía dar pie a una condena con pruebas semiplenas, e incluso por indicios. Una desventaja procesal que fue atajada en Guipúzcoa con la habilitación de tormento, bajo unas determinadas garantías jurídicas (la firma de sendos letrados locales), pero que en Vizcaya fue mantenida, dada su ligazón a la condición hidalga de los vizcaínos. Como reconocería un vizcaíno como Francisco de Gamboa, «con esta exención estamos nosotros [los vizcaínos] más expuestos al suplicio».

Pero si la dimensión subjetiva de la exención de tormento, al igual que los demás privilegios de esa naturaleza recogidos en el Fuero de Vizcaya, ha sido subrayada y estudiada, no lo ha sido tanto otra la otra dimensión que hemos podido analizar: la territorial. En el que acabaría configurándose como «derecho común de Vizcaya» se recogía no sólo que los vizcaínos no podían sufrir tormento, sino que tampoco este se podía aplicar en el territorio. Más aún, si en el primer caso es claro que había cuatro casos exceptuados, precepto alguno del Fuero los extendía a la territorial. Una prohibición que hacía referencia a su ejecución, pues todo aquel no protegido por una exención podía ser sentenciado a cuestión de tormento dentro del Señorío. Mas, para su realización, debía ser sacado fuera de los límites de la tierra privilegiada, pues, como dirá el Fuero, «Vizcaya es exenta». Una dimensión que en cierta medida permitió definir el cuerpo político, en este caso provincial. Un caso inverso al escocés, en donde la posibilidad de aplicar el tormento se mantuvo como especificidad del territorio frente al empujo del *common law* inglés su (teórica) ausencia de la tortura.

Ligado con esta dimensión territorial de la exención, un último apunte conclusivo. A lo largo de este texto hemos corroborado la importancia de las actuaciones de las instituciones vizcaínas en la defensa e interpretación de esta exención. Las instituciones se encargaron de, partiendo de lo redactado en el Fuero Nuevo (que estaba confirmado por el rey), defenderla o modularla en función de sus intereses y a los reclamos que hacían vizcaínos residentes no sólo en Vizcaya, sino también fuera de ella. En líneas generales, hemos podido comprobar dos actitudes al respecto. En el caso de la exención subjetiva, de los vizcaínos, las Juntas Generales, Regimientos y Diputación se mostraron celosas defensoras de la misma. Estas actuaron con presteza para impedir que cualquier vizcaíno fuera sometido a cuestión de tormento (lo que hemos ejemplificado con el caso de Andrés Martínez de Lausagarreta), o, si esto resultaba imposible puesto que ya se había producido, buscando la condena y penalización por la Corona de aquel juez que hubiera quebrantado los Fueros (caso del teniente de corregidor Ambrosio Arévalo). Pero hemos podido comprobar que, en el caso de la dimensión territorial, la intervención de las instituciones fue distinta,

pues se mostraron dispuestas a reinterpretar el ordenamiento jurídico para rebajar el disfrute de la exención dentro del Señorío. En un contexto de creciente criminalidad, las Juntas Generales consideraron conveniente agravar el modelo procesal penal fijado en el Fuero, habilitando la aplicación de tormento dentro de los límites provinciales, pero únicamente para aquellos que no fueran vizcaínos o estuvieran vecindados en el Señorío. Una apertura dentro del blindaje foral que contó con el asenso de la inmensa mayoría de repúblicas reunidas en Guernica, dado que las Juntas Generales estaban capacitada para reinterpretar el ordenamiento jurídico del Señorío. Pero esta permisión fue utilizada, años después, por los ministros de la Corona para aplicar la tortura judicial a aquellos que no pudieran demostrar su vizcainía. Las Juntas Generales, toda vez tuvieron conocimiento palmario del exceso que propiciaba su propio decreto, procedieron a derogarlo, devolviendo a Vizcaya su condición de tierra exenta de tormento de forma plena.