

EL PROCESO DEL CONDE BERA Y EL PROBLEMA DE LAS ORDALIAS*

SUMARIO: EL PROBLEMA DE LAS ORDALIAS EN LA HISTORIOGRAFIA PENINSULAR: 1. Planteamiento. 2. Argumentos aducidos en defensa del carácter germánico del sistema ordalíaco medieval peninsular. 3. Tácito, Veleyo Paterculo y la existencia de un sistema ordalíaco germánico común. 4. El sistema ordalíaco germano en la obra de Brunner. 5. Crítica interna de la exposición brunneriana. 6. Dificultades para reducir a un origen común las distintas ordalías, si se prescinde de su vinculación a las creencias cristianas. 7. La ordalía como fenómeno universal. 8. Insuficiencias de la exposición brunneriana en la exposición del sistema probatorio germánico común.—HACIA UN NUEVO PLANTEAMIENTO EN EL ESTUDIO DE LAS ORDALIAS: 9. La ordalía, un intento de delimitación. 10. Desconocimiento de la ordalía en la época visigoda. 11. La ordalía en la Edad Media peninsular: su aparición. 12. La variedad del sistema ordalíaco peninsular. Apuntes. 13. El proceso del conde Bera: su valoración exagerada como presunto puente de unión entre la época visigoda y la época medieval. 14. Necesidad de un nuevo planteamiento en el estudio de las ordalías.—UNA HIPOTESIS DE TRABAJO: 15. Intento de explicación del sistema ordalíaco medieval peninsular.

* Una breve indicación sobre la forma de citar. Hemos prescindido de indicar las ediciones de los fueros y redacciones extensas de derecho empleadas, pues son de dominio general; para los fueros breves, indicaremos únicamente el nombre de su editor; la identificación, en su caso, puede lograrse fácilmente acudiendo a las bibliografías publicadas por G. de Valdeavellano en su *Historia de España* y en su *Curso*. Reenviamos igualmente a estas bibliografías para la cita de documentos —y fueros breves— publicados en colecciones documentales. Indicaremos el nombre del editor, un elemento significativo del título, el número del documento, en su caso, la fecha del documento entre paréntesis, y la página, que ocupa el documento o el fragmento mencionado. Prescindimos de dar las abreviaciones de las grandes colecciones documentales, por ser las habituales, y nos limitamos a recoger aquí algunas abreviaciones especiales que caen fuera de las indicaciones señaladas.

BALARI, *Orígenes*: José BALARI JOVANY, *Orígenes históricos de Cataluña* (2.ª ed.) (Abadía de San Cugat del Vallés 1964).

1. El proceso por infidelidad, al que fue sometido el conde Bera, suele ser considerado desde antiguo por los historiadores del derecho como testimonio del empleo del duelo judicial, una ordalía o juicio de Dios, entre los visigodos.

Sin entrar ahora a trazar un elenco de los distintos autores,

-
- BONNASSIE I-II: Pierre BONNASSIE, *La Catalogne du milieu du Xe à la fin du XIe siècle. Croissance et mutations d'une société* I (Toulouse 1975), II (Toulouse 1976).
- BRUNNER DRG I-II: Heinrich BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* I (Leipzig 1906). Heinrich BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* II (Neu bearbeitet von Claudius Freiherrn von SCHWERIN) (München und Leipzig 1928).
- FONT: José M.^a FONT RIUS, *Cartas de población y franquicia de Cataluña. I. Textos. 1. Introducción. Diplomático. Presentación monográfico-local e índices. 1-2* (Madrid-Barcelona 1969).
- GARCÍA-GALLO, *Medinaceli*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *El fuero de Medinaceli*, en *AHDE* 31 (1961) 9-16.
- GARCÍA-GALLO, *León*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *El fuero de León*, en *AHDE* 39 (1969) 5-171.
- GARCÍA-GALLO, *Llanes*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *El fuero de Llanes*, en *AHDE* 40 (1970) 241-268.
- GARCÍA-GALLO, *Benavente*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *Los fueros de Benavente*, en *AHDE* 41 (1971) 1143-1192.
- GARCÍA-GALLO, *Toledo*: Alfonso GARCÍA-GALLO, *Los fueros de Toledo*, en *AHDE* 45 (1975) 341-488.
- GRIMM, *DRA*: Jacob GRIMM, *Deutsche rechtsalterthümer* (Göttingen 1854).
- MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander*: Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Fueros locales en el territorio de la provincia de Santander*, en *AHDE* 46 (1976) 527-608.
- MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*: Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de don Alonso el Sabio*, en *Obras Escogidas* I (Estudio preliminar y edición de D. José MARTÍNEZ CARDOS) (Madrid 1966), en *BAE* 194.
- MIQUEL, *LFM* I-II: *Liber Feudorum Maior. Cartulario real que se conserva en el Archivo de la Corona de Aragón*. Reconstitución y edición por Francisco MIQUEL ROSELL. I-II (Barcelona 1945 y 1947).
- MUÑOZ: *Colección de Fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra* (Madrid 1970. Reimp. de la ed. Madrid 1847).
- PRIETO, *Documentos* I: Alfonso PRIETO PRIETO, *Documentos referentes al orden judicial del monasterio de Otero de las Dueñas*, en *AHDE* 44 (1974) 619-674.
- PRIETO, *Documentos* II: Alfonso PRIETO PRIETO, *Documentos referentes al orden judicial del Monasterio de Sahagún*, en *AHDE* 45 (1975) 489-541.

que han invocado este testimonio, recordaremos entre los extranjeros únicamente el nombre de Brunner, quien, en su conocida historia del derecho alemán, afirma, recogiendo las conclusiones de un trabajo anterior, que «se vincula a un origen visigodo el duelo a caballo que aparece bajo Luis I como una forma jurídica nueva de la ordalía de la pugna»¹.

De entre los españoles citaremos exclusivamente los nombres de d'Abadal y Sánchez Albornoz. El primero, tras sintetizar el enfrentamiento entre la escuela de Hinojosa y las nuevas afirmaciones de García-Gallo, señalaba la permanencia de algunas instituciones propias de la nobleza visigoda, entre ellas el duelo, apoyando su afirmación en el proceso del conde Bera; -en conclusión, afirmaba, «tenim, doncs, un duel judicial a caball, constatat com a cosa específicament goda i transmès als temps carolingis»².

De forma todavía más tajante, dado el contexto en el que hace sus afirmaciones, Sánchez Albornoz reivindica el carácter germánico y visigodo del duelo judicial a caballo, testimoniado en las fuentes francas que se ocupan del proceso del conde Bera, duelo que no puede ser vinculado al celebrado en la península en el siglo III a. C. ante Escipión³.

Por nuestra parte, al ocuparnos tanto del derecho visigodo⁴ como del derecho catalán⁵ pusimos ya de relieve que los testimonios aducidos sobre el proceso del conde Bera manifestaban exclusivamente la existencia del duelo judicial entre los francos; la afirmación de que, al ser godos ambos contendientes, la lucha se

1. BRUNNER *DRG* II 542.

2. Ramón D'ABADAL I DE VINYALS, *El llegat visigòtic a Hispània*, en *Dels Visigots als Catalans. I. La Hispània visigòtica i la Catalunya carolingia* (Barcelona 1969) 117. Se trata de la traducción catalana de *A propos du iègs visigothique en Espagne*, en *Settimane di Spoleto. V. Caratteri del secolo VII in Occidente. 23-29 aprile 1957* (Spoleto 1958) 541-585 y 678-682 (discusión).

3. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Tradición y derecho visigodos en León y Castilla* (=en *CHE* 29-30 (1959) 243-265), en *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas* (Santiago de Chile 1970) 120.

4. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho en el reino visigodo*, en *Revista de Historia del Derecho* II-1 (1977-1978) 141 n. 185.

5. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho en Cataluña (I)*, en *AHDE* 47 (1977) 196 n. 529.

realiza a caballo y con las armas propias de los mismos, testimonia únicamente la costumbre visigoda de combatir a caballo. Como dice Gàl, «el juicio de prueba se promulga según el derecho franco, mientras la lucha se realiza a caballo según la costumbre goda»⁶.

2. Estas soluciones divergentes significan algo más que el simple desacuerdo en la interpretación de algunas noticias históricas, ya que inciden en el problema de las ordalías y, por consiguiente, en el problema de la influencia del derecho germano en la península.

Tanto d'Abadal como Sánchez Albornoz presuponen que el duelo es una institución típicamente germana; la aparición del duelo a caballo como una institución propia de los visigodos, viene a confirmar la visión general que mantienen los mencionados autores en torno al derecho medieval peninsular. De forma sintética, puede señalarse que ambos autores parten de la idea —de forma mucho más clara y convencida en Sánchez Albornoz— que los visigodos, en el momento de asentarse en la península, tenían un derecho consuetudinario propio, de tinte germánico, que lograron conservar, pese a los esfuerzos regios por imponer una legislación muy romanizada; tras la desaparición de la monarquía visigoda, este derecho consuetudinario germano pudo mostrarse ya plenamente a la luz del día, lo que explicaría el florecimiento de un derecho medieval caracterizado por sus rasgos germánicos, incluso antiguos, hasta el punto de poder ser emparentado con los derechos nórdicos, con el derecho noruego-islandico.

Apoyo principal para la declaración de una institución como germánica se encuentra en la conocida obra de Eduardo de Hinojosa, «El elemento germánico en el derecho español», publicada primero en alemán, en 1910, y traducida posteriormente al castellano, en 1915⁷. En esta obra Hinojosa ha aplicado los resultados de la germanística alemana de su época al derecho medieval peninsular; realiza así un elenco de aquellas instituciones medievales que reflejan claramente los trazos de las instituciones del derecho germano.

6. Alexander GÀL, *Der Zweikampf im frankischen Prozess*, en *SZ* 28 (1907) 246. Cf. Josep M. SALRACH, *El procés de formació nacional de Catalunya (segles VIII-IX)* 1. *El domini carolingi* (Barcelona 1978) 46.

7. Puede verse ahora en Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras II. Estudios de Investigación* (Madrid 1955) 407-470.

Esta forma de actuar, válida en su momento, quizá pueda ser hoy cuestionada por dos razones diferentes. En primer lugar, Hinojosa partía del carácter indiscutiblemente germano de determinadas instituciones, dando como algo perfectamente sentado lo que en muchos casos se presenta hoy —e incluso se presentaba ya en su época— como pura hipótesis. En segundo lugar, debe señalarse que esta aproximación entre el derecho medieval y el derecho germano se ha llevado a cabo mediante una comparación que podríamos calificar de externa, sin intentar profundizar en el estudio de las instituciones, tarea que rebasaba la finalidad del trabajo de Hinojosa.

Al partirse de la idea que el derecho germano común podía descubrirse en los diferentes derechos de los distintos pueblos germánicos no se estaba en las mejores condiciones para poder pensar que la aparición de determinadas instituciones podían ser fruto de una influencia posterior o resultado de la creación autónoma medieval.

La labor de la germanística ha encontrado una magistral sistematización en la obra de Brunner, que ha servido además de apoyo a Hinojosa en el campo de las ordalías⁸; parece así necesario examinar los planteamientos brunnerianos, si queremos descubrir hasta qué punto podemos seguir reenviándonos a Brunner e Hinojosa para afirmar el carácter germánico de las ordalías y, en especial, del duelo.

Expondremos en primer lugar las afirmaciones brunnerianas, para examinar a continuación su coherencia interna; llamaremos la atención preferentemente sobre sus posibles contradicciones, sobre sus hipótesis sin apoyo alguno, para resaltar que no puede aceptarse sin más la demostración del carácter germano de las ordalías realizada por Brunner y que, aun admitiendo el origen germano de las ordalías, no puede concluirse que el conocimiento de las mismas entre los distintos pueblos germánicos se explique, necesariamente, como una pervivencia de la situación primitiva común germana⁹.

8. Vid. HINOJOSA, *El elemento* cit. 421 n. 40, donde se remite a la obra de Brunner, así como a Ficker y a los textos publicados por Wolf.

9. Cf. E. A. THOMPSON, *Una cultura barbarica. I Germani* (trad. di O. Capitani e M. C. De Matteis) (Bari 1976) 63-64; 78-79, 94, 102-103.

Ocasionalmente podremos hacer alusión a nuevos resultados o a posiciones opuestas a las defendidas por Brunner; no se trata de invalidar sus conclusiones, ya que la discusión de las mismas pretendemos hacerla desde sus propios presupuestos, sino de poner de relieve, por un lado, que el carácter germano de determinadas instituciones no es un dato adquirido, como aparentemente se podría pensar, sino algo discutido, y, por otro lado, que muchas de las hipótesis de Brunner eran admisibles dentro del clima científico de su época; superado éste, aquellas hipótesis no pueden encontrar ya la misma adhesión¹⁰.

El problema mayor con el que se encuentra el estudio de las ordalías en el mundo germano es la falta de fuentes coetáneas; las noticias que tenemos sobre su empleo proceden de la época en la que los pueblos germánicos se habían convertido ya; se comprenden así fácilmente los esfuerzos realizados para encontrar testimonios del empleo de las ordalías en época pagana. Antes de acometer el examen del planteamiento brunneriano, aludiremos a los esfuerzos para descubrir en la obra de Tácito o de Veleyo Paterculo apoyos que permitan defender el conocimiento de las ordalías entre los germanos en aquellas épocas.

3. ¿Era propio del originario proceso germano el sistema probatorio basado en las ordalías? Dar una respuesta satisfactoria es difícil, ya que para la época germana común falta toda noticia coetánea sobre el proceso¹¹.

Frente a quienes defienden el origen germano de las ordalías o juicios de Dios, von Amira niega que los germanos hayan utilizado las ordalías, dentro del sistema probatorio, antes de la conversión al cristianismo, a partir de la pretendida incompatibilidad entre las creencias religiosas paganas y los presupuestos que están en la base de la creencia ordalíaca¹².

10. Cf. THOMPSON, *Una cultura* cit. X.

11. BRUNNER *DRG* I 252.

12. Karl von AMIRA, *Grundriss des germanischen Rechts* (Dritte verbesserte und erweiterte Auflage) (Strassburg 1913) 277-278. Cf. las objeciones en contra de este planteamiento de Max PAPPENHEIM, *Über die Anfänge des germanischen Gottesurteils*, en *SZ* 48 (1928) 143 s.

La existencia de estas posiciones completamente opuestas se explica por el silencio de las fuentes, que se ha intentado salvar recurriendo a Tácito. Mediante la interpretación de algunas de sus afirmaciones o mediante la aproximación entre ordalía y auspicio se ha pretendido encontrar en la obra de Tácito el testimonio de la existencia de un proceso probatorio fundamentado en la ordalía entre los germanos.

De la afirmación tacitiana «*deum adesse bellantibus credunt*» (Tác. G. 7) concluye Grimm que la divinidad preside como juez supremo tanto la guerra de los pueblos como la lucha entre dos¹³.

Sin embargo, estas afirmaciones de Grimm no pueden encontrar apoyo en Tácito. La frase tacitiana aparece en el apartado dedicado a señalar la elección y funciones de reyes y duques. Los reyes son elegidos por su nobleza y los duques por su valor; la potestad de los reyes no es ni ilimitada ni arbitraria, mientras el poder de los duques se fundamenta más en su ejemplo que en su imperio. Finalmente, Tácito afirma que sólo a los sacerdotes está permitido condenar a muerte, encarcelar o azotar, «*non quasi in poenam nec ducis iussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt*». César, por su parte, había señalado que cuando se estaba en estado de guerra, «*magistratus qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem deliguntur*» (Caes. b. g. 6,23); mientras César parece aludir a la ejecución de la sentencia, Tácito se refiere a su emisión, indicando que no debe entenderse ni como una pena ni como un mandato del *dux*, sino como si la misma divinidad lo mandase¹⁴. No es posible afirmar que Tácito presente a la divinidad como juez supremo, cuya voluntad se conoce a través de las ordalías. La idea de una divinidad, juez supremo, no tiene por qué ir acompañada necesariamente de la utilización de la ordalía, con el fin de descubrir su voluntad. La alusión a los sacerdotes parece precisamente referirse a su papel de mediadores entre la divinidad y los mortales.

Tampoco la afirmación tacitiana puede extenderse a la lucha

13. GRIMM *DRA* 928.

14. THOMPSON, *Una cultura* cit. 42-43 cree ver una evolución; en el texto seguimos la opinión expresada por Anderson en su edición de la obra de Tácito.

privada, a la pugna entre dos, pues se limita exclusivamente a la presencia de la divinidad en las guerras. Además la presencia de la divinidad en cualquier clase de pugna no supone necesariamente su actuación como juez supremo. Al parecer, entre los griegos los dioses estaban también presentes en el duelo entre particulares, pero la voluntad divina no se consideraba indispensable para determinar la solución; se limitaba a sobreponerse, coloreándola, a una verdad adquirida por otros medios ¹⁵.

Según Grimm, el juicio de Dios tenía lugar allí donde una cosa era oscura, un derecho dudoso, superándose dicha situación mediante una invocación a la misma divinidad, la cual «como juez supremo manifestaba la verdad y el derecho» ¹⁶. Si se presupone la intervención de la divinidad, resulta contradictoria la afirmación de Grimm de que en el duelo «el inocente no se entregaba ciegamente al poder de un elemento prodigioso; se confiaba a su propia fuerza y a su acostumbrada habilidad con las armas» ¹⁷.

Para Leitmaier «el fundamento del juicio de Dios radica en la idea, que Dios puede ser inducido por provocación solemne, a mostrar la culpabilidad o inocencia de un hombre por medio de una intervención extraordinaria en el curso natural de las cosas» ¹⁸. Es posible, como quiere Nottarp, que esta definición se adecúe únicamente a una concepción tardía eclesiástica, que ve precisamente en el juicio de Dios la prueba divina de una verdad por un milagro, concepción no acorde con la esencia real del juicio de Dios ¹⁹, aunque pueda discutirse la distinción entre juicios de Dios auténticos o menos auténticos.

De todas maneras no parece necesario, para afirmar la existencia de un juicio de Dios, la creencia en la existencia de un Dios:

15. Gerard SAUTEL, *Les preuves dans le droit grec archaïque*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 125.

16. GRIMM *DRA* 908.

17. GRIMM *DRA* 927-928. Cf. Federico PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato* (Torino 1890. Rist. anast. Milano 1972) 174.

18. Charlotte LEITMAIER, *Die Kirche und die Gottesurteile. Eine rechtshistorische Studie* (Wien 1953) 97.

19. Hermann NOTTARP, *Rec a LEITMAIER, Die Kirche* cit. en *SZ* 40 (1954) 250.

omnipresente y justiciero. Es suficiente que exista la creencia en la posibilidad de acudir a fuerzas sobrenaturales, las cuales, por medio de su intervención, descubren la verdad o la falsedad de una afirmación. Al lado de esta creencia, puede coexistir igualmente otra opuesta: quienes están dotados de poderes mágicos, por medio de los cuales creen poder poner a su servicio a los espíritus del mal, también puede recurrir a procedimientos ordalíacos²⁰.

Sea que la intervención de la divinidad, en sentido amplio, vaya dirigida a implantar la justicia, sea que vaya dirigida a ocultar la justicia, en todos estos casos, y con sus diferencias, el descubrimiento de la verdad o falsedad de una afirmación, la justicia o la injusticia de una acción, no depende de los hombres, sino de fuerzas sobrenaturales. El duelo, tal como lo ha planteado Grimm, sería una lucha entre dos personas, cuyo resultado dependería de la fuerza y habilidad de los combatientes, es decir de un elemento puramente humano.

Para que el duelo pueda funcionar como ordalía debe aportar un nuevo elemento, un elemento prodigioso: la idea de que una fuerza sobrenatural dará la victoria al inocente o a quien ha logrado colocar tal fuerza en su favor, sin entrar ahora en la arbitrariedad de acoger fenómenos diferentes bajo un mismo concepto.

Si faltan estos elementos, el duelo deja de ser una ordalía. Y es necesario destacar este hecho, ya que en la Península estuvo vigente durante la Edad Media el duelo entre los nobles, que no funcionaba en sentido estricto como medio de prueba, ni tampoco podía considerarse una ordalía, ya que la victoria de una de las partes no demostraba la culpabilidad del vencido. Quien moría defendiendo su verdad, conservaba su honor.

De aquí que pueda admitirse la existencia de duelos entre los germanos, sin tener por ello que aceptar que los mismos funcionaban como ordalías.

Tras hablar de la práctica de auspicios y suertes entre los germanos, Tácito concluye su exposición indicando que cuando

20. Cf. Hans FEHR, Rec. de Hermann NOTTARP, *Gottesurteilstudien*, en *SZ* 75 (1958) 464-465. Una síntesis del planteamiento de Fehr, que ve en la ordalía una lucha contra el demonio, en PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 136 ss. Vid. infra p. 210-211.

están en guerra con algún pueblo eligen a algún cautivo perteneciente al mismo para que combata, con sus armas patrias, con algún combatiente de los suyos: «victoria huius vel illius pro praeiudicio accipitur» (Tác. G. 10). Puede aceptarse la afirmación de Patetta de que entre la práctica de los auspicios y la práctica de la ordalía sólo existe un pequeño paso y de que entre invocar a los dioses para que nos prevean el futuro e invocar a los dioses para que nos descubran el pasado sólo existe una transición muy leve. Ahora bien, afirmar que, como entre los germanos existe la práctica de realizar un duelo para preveer la suerte futura del combate, no existe razón alguna para no sostener que pudieron utilizar igualmente el duelo para descubrir al culpable²¹ es un salto en el vacío²².

No es suficiente afirmar que entre el empleo de los auspicios y el empleo de las ordalías existe un paso muy pequeño; es necesario demostrar que los germanos dieron ese paso. Si los germanos conocieron el duelo —las ordalías— ¿por qué Tácito guarda silencio sobre este hecho, hablando en cambio de los auspicios? ¿Por qué Tácito habla del empleo del duelo para descubrir el futuro y no menciona el empleo del duelo para descubrir al culpable?

El silencio no es un argumento plenamente convincente, pero al menos puede afirmarse que Tácito no ofrece apoyo alguno para defender el empleo de las ordalías por parte de los germanos. Todo lo demás es mera hipótesis, sin base en los testimonios históricos.

La ausencia de datos en Tácito se ha creído poder salvar acudiendo a un conocido texto de Velejo Paterculo (II 118), del que ya Brunner admitía que no tenía nada que ver con un proceso judicial²³.

Frente a von Amira, que afirmaba el origen cristiano de la ordalía medieval, destacando el silencio de Tácito en torno a las

21. PATETTA, *Le ordalie* cit. 179. cf. 185. En p. 2-3, considera la ordalía una especie de oráculo.

22. Cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 287.

23. BRUNNER *DRG* I 252 n. 1; II 556 n. 93. Cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 286-287.

ordalías entre los germanos, Nottarp²⁴ objetaba que, según Veleyo Paterculo, mientras los germanos tenían por costumbre «armis decerni», Roma les enseñó a arreglar sus conflictos por medio del Derecho. Como señala acertadamente Gaudemet, Veleyo Paterculo se limita a oponer la violencia y el derecho, no dos modos diferentes de prueba²⁵.

La ausencia de textos coetáneos o antiguos se salva mediante el recurso a la hipótesis: Las ordalías aparecen testimoniadas entre los pueblos germanos tras su asentamiento en el imperio y la aparición de las llamadas *leges barbarorum*; el origen germano de las mismas es la explicación más lógica; mediante la utilización de la comparación de los distintos derechos germánicos se puede llegar a conocer la regulación de la ordalía en el Derecho germano común. Veamos como actúa Brunner este planteamiento.

4. Tras establecer la distinción entre proceso y proceso judicial —«Rechtsgang» y «Gerichtsverfahren»—, Brunner declara el principio fundamental en que se asienta toda su reconstrucción: «Nos falta toda clase de noticias contemporáneas para el proceso de la época germana; sin embargo, la comparación crítica de las instituciones procesales, que las fuentes más modernas nos ofrecen, autoriza a establecer determinadas bases, las cuales eran comunes desde antiguo a las diferentes ramas alemanas en el proceso»²⁶.

¿Cuáles son estas bases comunes? La publicidad y oralidad del proceso, el predominio de la máxima de la discusión («die Verhandlungsmaxime») y el señorío de la forma²⁷, principios que pueden reducirse prácticamente a uno solo: el predominio del principio de la discusión, que lleva consigo que el proceso no se desarrolle, en su mayor parte, ante el tribunal, sino que esta fase ante el tribunal sólo constituye un estadio particular del proceso, que gira en torno a la actuación de las partes. Este mismo hecho —la no intervención del tribunal— y la necesidad de un poder, que

24. H. NOTTARP, *Gottesurteile* (Banberg 1949), que no hemos podido ver.

25. Jean GAUDEMET, *Les ordalies au Moyen âge: Doctrine, législation et pratique canoniques*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 102.

26. BRUNNER *DRG* I 252.

27. BRUNNER *DRG* I 252.

determine la marcha del proceso, exige que la actividad de las partes tenga que constituirse como actos formales; aquí radica el formalismo del proceso germano²⁸, que cristaliza, podemos concluir, en su publicidad y oralidad.

Las características del proceso germano son el resultado normal de concebirlo como una guerra, como una lucha entre las partes²⁹; esto explicaría el predominio de la «*Verhandlungsmaxime*» y, resultado de ello, las demás características del proceso germano. Al ser una lucha entre las partes, son éstas las que determinan las pruebas a realizar³⁰. Son las partes quienes determinan la prueba fuera del círculo del tribunal³¹.

Al ser la prueba algo que interesa especialmente y en primer lugar a las partes, sobre el trámite probatorio se ejerce hasta sus últimas consecuencias el principio de discusión³²; dicho con otras palabras, el triunfo en el proceso germano del principio de que las partes deciden sobre el mismo muestra toda su eficacia en el momento de la prueba.

Los medios de prueba que conoce el proceso germano son, según Brunner, el juramento y el juicio de Dios, ambos con base sacral, reposando su fuerza probatoria en el supuesto temor ante las consecuencias de la falsedad, que se piensa que se manifiestan en la ejecución de determinadas acciones³³.

En algunos casos, aquí y allí, puede aparecer la concepción ordalíaca del juramento, remontándose seguramente a la más remota antigüedad, «a saber la creencia, que la execración del perjurio se hará válida inmediatamente o acto seguido o que el perjurio proyectado no tendrá lugar, como consecuencia de intervenciones sobrenaturales»³⁴.

El juicio de Dios u ordalía arranca de la creencia que el resu-

28. BRUNNER *DRG* I 252.

29. BRUNNER *DRG* I 253.

30. BRUNNER *DRG* I 255 ss.

31. BRUNNER *DRG* I 256, que se apoya en *L. Sálica* 53.

32. BRUNNER *DRG* I 256.

33. BRUNNER *DRG* I 257.

34. BRUNNER *DRG* I 260-261.

tado de la acción ordalíaca evidenciará la verdad o la falsedad de una afirmación³⁵.

Tanto en la ordalía como en el juramento, en sus orígenes no funcionaba necesariamente la creencia en una intervención de la divinidad³⁶.

La ordalía presupone así la creencia en la posibilidad de descubrir la verdad o falsedad de una afirmación mediante la realización de determinadas acciones ordalíacas. Esto pone de relieve que debe distinguirse entre la creencia en la ordalía y la forma en que ésta se realiza.

Los tipos más importantes de ordalía que aparecen entre los germanos son: la ordalía de la suerte, la pregunta a las fuerzas naturales del fuego y del agua exorcizadas para el fin de la ordalía, y el duelo³⁷. Las diferencias que muestran su empleo en los derechos particulares, obligan a Brunner a reservar su exposición detallada para el volumen segundo de su obra³⁸.

¿Cuál es el origen de estas ordalías? Pese a que se dude o se discuta de su carácter germano común, muy probablemente los juicios de Dios son construcciones jurídicas surgidas sobre bases indo-germánicas³⁹. La aparición de la ordalía del agua hirviente entre los pueblos germanos habla contra la pretensión de von Amira de considerar los juicios de Dios un préstamo de la India. Y lo mismo puede decirse de la prueba de la suerte⁴⁰.

De entre los diferentes tipos de ordalía utilizados por los germanos es el más importante entre los hombres libre el duelo. Para Brunner el duelo no es necesariamente un juicio de Dios, ni siquiera un medio de prueba, pero su empleo como ordalía entre los germanos del oeste, es decir, los alemanes, está fuera de dudas, sin poderse negar su origen pagano⁴¹. Quizá es más dudoso su empleo como ordalía entre los germanos del norte y los ostrogodos, aunque entre los mismos se conoce al menos el duelo como

35. BRUNNER *DRG* I 262.

36. BRUNNER *DRG* I 262; cf. I 257 para el juramento.

37. BRUNNER *DRG* I 262.

38. BRUNNER *DRG* I 262.

39. BRUNNER *DRG* I 261-262.

40. BRUNNER *DRG* I 262-263. Vid. infra p. 26 ss.

41. BRUNNER *DRG* I 263-264. Vid. infra p. 31 ss.

un proceso en sí, como una autotutela regulada legalmente. De todas maneras, el pensamiento ordalíaco no era extraño a los germanos del norte ⁴².

Finalmente, recordemos que Brunner afirma que la ordalía se utilizó en el más antiguo derecho no sólo como medio de prueba, sino también como medio de manifestación de la voluntad de los dioses, con la finalidad de saber si les agradaba como víctima el reo ya convicto o el enemigo capturado ⁴³.

5. Veamos ahora cuanto hay de hipótesis y cuanto hay de admisible en el planteamiento de Brunner a partir de sus mismas afirmaciones.

Debemos tener en cuenta, en primer lugar, una cosa: la obra de Brunner no se presenta como una historia del Derecho germano, sino como una historia del Derecho alemán. Esto tiene su importancia, ya que si todos los alemanes son germanos, no todos los germanos son alemanes. Es importante hacer esta distinción, pues no siempre Brunner se ve libre de culpa en la posible confusión entre germanidad y alemanidad. El primer volumen de su obra aparece dividido en dos libros; el primero dedicado a la época germana y el segundo a la época franca. Dado que los alemanes son germanos, podía pensarse en una época anterior a la separación de los pueblos, en la que existía un solo pueblo germano; sólo con el transcurso del tiempo irían surgiendo las disintas ramas. Pensar que a esa originaria época dedica su atención Brunner es quizá un tanto exagerado, ya que la división en libros muestra claramente que para Brunner la época germánica es la anterior al momento de la aparición del reino franco, es decir, anterior al siglo V ⁴⁴, por tanto abarca una época histórica en la que la división del pueblo germano en distintas ramas se había ya cumplido.

La historia del Derecho alemán para Brunner no se confunde con la historia del Derecho germano, pues aquélla no se ocupa del derecho de todas las ramas germánicas; incluso admitiendo que haya existido una época en la que las instituciones jurídicas

42. BRUNNER *DRG* I 265. Vid. *infra* p. 32 ss.

43. BRUNNER *DRG* I 266. Cf. I 248.

44. Cf. BRUNNER *DRG* I 272.

de los germanos alemanes y no alemanes fuesen las mismas, incluso pudiendo hablarse de un derecho originario germano, sin embargo, muchos siglos antes de lo que alcanza nuestro conocimiento histórico-jurídico, ese derecho originario germano se había dividido en muchas ramas. A la más antigua división se debe la oposición entre Derechos germanos del oeste o Derechos alemanes y Derechos germanos del este; pese a su parentesco, estos últimos caen fuera de la tarea de trazar la historia del Derecho alemán ⁴⁵.

Es necesario recalcar esta primera afirmación de Brunner, ya que el Derecho visigodo cae así fuera del Derecho alemán, al formar parte de los derechos germanos del este u orientales. A los derechos germanos del este pertenecen el derecho nórdico occidental, es decir el Derecho noruego, del que deriva el Derecho islandés, los derechos nórdicos orientales, es decir, el Derecho sueco y el danés, y finalmente los derechos de los pueblos godos-vándalos. Por ello, con razón se pueden calificar de derechos hermanos del Derecho alemán, porque han nacido como él sobre bases germanas originarias ⁴⁶.

Por derivar del núcleo originario del Derecho germano occidental o alemán pueden ser considerados hijos del mismo los siguientes derechos, según Brunner: el Derecho anglosajón-inglés, el longobardo-italiano, el Derecho francés y el Derecho holandés ⁴⁷.

La relación de parentesco entre estos derechos diferentes es de gran importancia, «pues sólo la comparación crítica de los derechos hermanos e hijos nos autoriza a perseguir hacia atrás en el tiempo la historia del Derecho alemán, hasta épocas en las que nuestras fuentes jurídicas no nos ofrecen noticia alguna o ninguna noticia suficiente, y no raramente nos ofrecen los monumentos de los derechos emparentados los únicos o los más seguros apoyos para la aclaración metódica de las preguntas oscuras y dudosas del desarrollo de nuestro derecho patrio ⁴⁸.

Este principio, establecido aquí con carácter general, es el

45. BRUNNER DRG I 1.

46. BRUNNER DRG I 1-2.

47. BRUNNER DRG I 2-3.

48. BRUNNER DRG I 3.

mismo que hemos encontrado al examinar el planteamiento de la obra de Brunner en materia procesal, y que podemos resumir en la creencia de que las cosas conocidas, posteriores en el tiempo, nos permiten conocer las cosas desconocidas, anteriores en el tiempo.

Este planteamiento, surgido del ansia de saber del hombre, no puede rechazarse sin más, pero tampoco puede prescindirse de los peligros que su empleo práctico hacen surgir. Con una cierta facilidad se tiende a establecer un principio general, en base a dos o tres supuestos, que posteriormente se aplica sin excepción a todos los supuestos desconocidos. Esta tendencia se ve reforzada, en el campo del Derecho germano, por la falta de una cronología perfectamente establecida, que permita distinguir entre los tiempos originarios, cuando se presupone que existían sólo un pueblo y un Derecho germano, y aquéllos en los que se haya roto esta comunidad originaria. La tendencia a ver en la civilización y cultura de un pueblo el desarrollo de unos principios existentes ya en los primeros momentos, aunque sea en potencia, de la misma manera que la planta se encuentra ya en la semilla, provoca que la diferenciación entre los distintos pueblos germánicos se considere resultado de la elaboración profundizada de unos principios comunes a todos ellos; dicho de otra forma, lo que es común a determinados pueblos se considera alemán; de aquí a elevarlo a germano hay sólo un pequeño paso, que fácilmente se da; es más, se tiende, con una cierta facilidad, a identificar lo franco con lo alemán y lo alemán con lo germano ⁴⁹.

Sin movernos del campo en el que nos encontramos, podemos ver cómo la utilización de determinados tipos de ordalías en algunos pueblos germánicos, permite hablar de una creencia en la ordalía propia de los pueblos alemanes, que se remonta al acervo común germano; pero una vez admitido que la ordalía era conocida por los germanos, automáticamente los distintos tipos de ordalía se germanizan, de tal manera que no sólo todos los pueblos germanos, independientemente de la rama a que pertenecen,

49. Vid. Alfonso GARCÍA GALLO, *La historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la «Deutsche Rechtsgeschichte» de Planitz*, en *AHDE* 24 (1954) 605.

deben haber conocido tales tipos de ordalía, sino que además todos los tipos de ordalía tuvieron que ser conocidos en las épocas más antiguas. Como dice Grimm, «todos los juicios de Dios parecen de origen pagano y de la más alta antigüedad»⁵⁰, y si bien Brunner no admite que todos los juicios de Dios medievales se remonten al derecho originario germano⁵¹, sin embargo, y precisamente por ello, no logra evitar las contradicciones que tal admisión introduce en su exposición.

La exposición brunneriana del proceso gira en torno al que podemos llamar principio de discusión o, dicho de otra manera, las características del proceso derivan de su planteamiento como una lucha entre las partes, lo que provoca, en último término, que sean éstas las que deciden sobre su marcha y, consiguientemente, determinan el sistema de pruebas a realizar dentro del juramento y las ordalías, únicas pruebas, al parecer, conocidas en la época antigua. Estos son los trazos del proceso germano, pero debe señalarse que para delimitar los mismos, al carecerse de noticias contemporáneas, Brunner ha debido recurrir a la comparación crítica de las instituciones procesales, tal como aparecen en las fuentes más modernas, comparación que precisamente establece aquellas bases, que eran comunes a las diferentes ramas alemanas (*den verschiedenen deutschen Stämme*) en el proceso⁵².

El proceso alemán, si se deriva del proceso germano, no puede, sin embargo, ser identificado con el mismo y, lo que tiene mayor importancia, si las características apuntadas son las propias del Derecho alemán, no es posible afirmar sin más que también son las propias de los otros pueblos germánicos —piénsese en los germanos orientales—, en especial no puede afirmarse que sean las mismas del proceso visigodo. Puede no darse mayor importancia a esta afirmación brunneriana y considerar que estamos ante un lapsus: las bases comunes no son las del proceso alemán, sino las del proceso germano. Aun admitiendo esta solución, dicho lapsus mostraría la fácil tendencia a identificar lo propio de una rama —la franca, fundamentalmente— con lo alemán y lo alemán con lo germano.

50. GRIMM *DRA* 909.

51. BRUNNER *DRG* II 559. Vid. *infra* p. 24-25.

52. BRUNNER *DRG* I 252.

Una tal solución, por lo demás, no parece la más acorde con el planteamiento brunneriano. Recordemos brevemente los trazos fundamentales de la tarea acometida por Brunner: pretende trazar una historia del derecho alemán, que no debe confundirse con una historia del Derecho germano; para llevar a cabo esta investigación se presentan como muy importantes, imprescindibles diríamos, los derechos hermanos —es decir, aquellos derechos que derivan del tronco común germano, tras su primera división en pueblos diferentes— y los derechos hijos —es decir, aquellos que derivan del tronco común alemán=germano occidental o del oeste, cuando el pueblo alemán, desgajado ya del tronco común germánico, se dividió a su vez en diferentes ramas—, ya que sólo la comparación crítica de estos derechos permite reconstruir la historia del Derecho alemán, proyectando nuestros conocimientos a épocas de las que nos faltan por completo o son insuficientes las fuentes del derecho, pues no de forma rara el único medio de aclarar sistemáticamente las preguntas oscuras o dudosas de la evolución jurídica nacional (alemana) se encuentra en los monumentos de los derechos emparentados⁵³.

El salto metodológico realizado parece claro y confirma la ambigüedad apuntada: los requisitos establecidos para la reconstrucción del Derecho alemán legitiman igualmente la reconstrucción del Derecho germano, aunque, en buena lógica, debería recordarse que los derechos hermanos del germano son, en todo caso, aquellos derechos utilizados por los pueblos indo-germanos o indo-europeos, si, dentro de la exposición brunneriana, se considera lícito utilizar dicha terminología.

El problema, además, estriba en que con afirmaciones tan generales el proceso delineado puede ser válido tanto para el proceso germano originario como para muchos otros procesos antiguos, desde el momento en que se identifica el proceso como una lucha entre las partes. También en la Grecia arcaica el proceso es una lucha, a veces en el sentido propio de la palabra, aunque cada vez más frecuentemente en sentido figurado; el carácter de batalla entre las partes permanece aún después de que las

53. BRUNNER *DRG* I 3. Vid supra n. 48.

paries acudan al poder político para resolver sus controversias⁵⁴. Y otro tanto podría decirse del proceso antiguo romano. En un manual de Derecho romano pueden espigarse afirmaciones en torno al proceso antiguo romano como las siguientes: el proceso romano antiguo mantiene todavía los trazos de una defensa privada, por lo que las partes escenifican una lucha ante el magistrado, que se limita a controlarla, dada la importancia preponderante que presenta la actividad de las partes. Si añadimos la oralidad y publicidad propia de este proceso, así como la estricta formalidad, que puede hacer que una de las partes pierda su acción, si no respeta escrupulosamente las formalidades a observar⁵⁵, no creemos exagerar mucho al afirmar que son las mismas características mencionadas por Brunner para el proceso germano.

Es muy posible que estas aparentes coincidencias tengan su razón de ser en nuestros escasos conocimientos de los tiempos más antiguos, cuando las instituciones jurídicas presentan un desarrollo tan rudimentario, que al no poderse profundizar, por falta de fuentes, en sus diferencias, permite acomunarlas en todos los pueblos. Esto puede inducir a hablar de fenómenos universales, instituciones comunes a todos los pueblos y a acomunar así tales instituciones por sus rasgos externos más claros, resultado muchas veces de meras hipótesis, y a dejar al mismo tiempo en la oscuridad o por necesidad, al carecerse de fuentes, o por planteamientos metodológicos las diferencias existentes entre las mismas, no sólo en cuanto a la regulación concreta, sino también, y quizá es lo más importante, en cuanto al pensamiento que las anima.

Esta suerte la ha sufrido igualmente la ordalía. Si se afirma que la ordalía descansa en la creencia de que la verdad o falsedad de una afirmación se evidenciará por la realización de determinadas pruebas ordalíacas⁵⁶ es imposible comprender el verdadero alcance de la ordalía en el mundo germano, al permitir la amplitud de la definición su aplicación en cualquier pueblo y en cualquier momento histórico.

54. SATEL, *Les preuves* cit. 118 ss.

55. Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (14 ed. Rist. anast.) (Napoli 1966) 107 ss.

56. BRUNNER *DRG* I 262.

No vamos a oponer a Brunner la afirmación de von Amira, para el cual el juicio de Dios u ordalía supone el esperar de la divinidad el descubrimiento de la verdad, por lo que, partiendo de las representaciones divinas paganas, según las cuales ni la omnisciencia ni la veracidad pertenecen a la esencia de la divinidad, no podían los pueblos germanos colmar dicha presunción⁵⁷, pero vamos a destacar que la aparente semejanza en las prácticas ordalíacas puede entrar en crisis, si se introducen en las mismas los presupuestos espirituales en los que se fundamentan.

Puede rechazarse la afirmación de von Amira, pues no parece que sea necesaria una divinidad omnisapiente para el desarrollo de la ordalía, pero no puede prescindirse del núcleo fundamental de su planteamiento: pese a las semejanzas externas que puedan existir en el empleo de una determinada ordalía, tienen que existir diferencias profundas a partir de la manera de ser concebida la intervención divina y de la manera de ser representada la misma divinidad.

La prueba de esta afirmación la podría dar la definición del mismo Brunner, aunque las difuminadas barreras temporales de su exposición y la amplitud de su definición prácticamente dejan sin virtualidad un inciso en la misma.

Afirmar, como hace Brunner, que la ordalía reposa en la creencia de que el resultado de su realización patentizará la verdad o falsedad de su afirmación y, al mismo tiempo, matizar tal afirmación señalando que en su origen no se relacionaba necesariamente con una intervención divina⁵⁸ supone distinguir dos momentos cronológicos en la práctica de la ordalía. ¿Se desarrolló esta evolución por completo en la época de la comunidad germana?

A decir verdad, si falta la intervención divina, entendiendo a la divinidad en su sentido más amplio, como toda fuerza sobrehumana, sobrenatural, no parece fácil configurar la ordalía como un juicio de Dios ni explicar la creencia en que la realización de determinados actos permita descubrir la verdad o falsedad de una afirmación. Un juicio de Dios donde no existe o no se precisa una

57. Von AMIRA, *Grundriss* cit. 277; en contra PAPPENHEIMM, *Über die Anfänge* cit. 143-144.

58. BRUNNER *DRG* I 262.

intervención divina se presentaría como algo realmente singular, explicable únicamente a partir de su vinculación a una situación, frecuentemente hipotetizada, en la que no existe todavía una distinción entre derecho y fuerza, donde se parte de la idea de que el inocente es el más fuerte y el más fuerte es el inocente. Es esta la situación cultural que presupone Erler para el nacimiento de las ordalías de defensa, las cuales prueban en primer lugar no la culpabilidad o la inocencia del acusado, sino su poder⁵⁹.

Si se examinan las cosas más de cerca, parece evidente que, para poder afirmar que el más fuerte es el inocente, es necesario un enfrentamiento entre dos partes o, dicho con otras palabras, sólo las ordalías dobles o bilaterales están en condiciones de demostrar la inocencia del más fuerte, a partir de la identificación entre poder y derecho (*Macht und Recht*). Las ordalías de defensa como la del fuego y la del veneno demostrarían en todo caso el poder del acusado sobre los espíritus de la naturaleza, pero no, indudablemente, su superioridad sobre la otra parte, que, en el camino de la hipótesis, es posible que intentase demostrar igualmente su poder.

Puede ser interesante subrayar que recientemente Erler, al ocuparse de nuevo de las ordalías, incluya dentro de las ordalías de defensa únicamente aquellas que están anudadas a la creencia en los elementos (agua, fuego), pero no ya el duelo; quien sale victorioso prueba precisamente su inmunidad contra los mencionados elementos, de aquí que pueda afirmarse que la pregunta no se plantea en torno a la culpabilidad o inocencia del probante, sino en torno a su inmunidad⁶⁰, mientras considera al duelo originariamente un medio de decisión, que tempranamente se convirtió en medio de prueba⁶¹.

Si el humus de donde nacen las ordalías es la identificación entre fuerza y derecho, sin embargo, parece que para Erler la ordalía sólo se convierte en tal desde el momento en que intervienen poderes sobrenaturales, por lo que presupone un pensa-

59. Vid. REHFELDT, Rec. de ERLER, *Der Ursprung der Gottesurteile*, en *SZ* 63 (1943) 395-396.

60. A. ERLER, *Gottesurteil*, en *HRG I* (Berlín 1971) 1769.

61. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1771.

miento religioso, que se mueve en la religiosidad mántica, en las ordalías de descubrimiento, y en la religiosidad mágica, en las ordalías de defensa, que logran en parte transmitir algunas de sus características a la época posterior, cuando los hombres se elevan a un grado religioso más alto: la divinidad manifiesta su juicio a través de los elementos y el probante no está obligado en general a someterse a la ordalía, sino que pide hacerlo ⁶².

Hemos hecho alusión a estas afirmaciones de Erlér no para poner en tela de juicio las de Brunner, sino para destacar las conclusiones a las que se puede llegar, si se excluye la intervención de la divinidad en las ordalías, fundamentalmente con relación al duelo. Si, partiendo de los presupuestos de Brunner, en el duelo —como en las otras ordalías— en los primeros momentos no es necesario la intervención divina, cabe preguntarse, ¿cuál es la diferencia existente entre este duelo, ordalía y como tal medio de prueba, y aquel que deriva, según algunos autores, de la regulación de la enemistad y, según otros autores, de la regulación de la autotutela? ⁶³.

Si, hipotéticamente, puede admitirse que la utilización del duelo como medio de decisión refleja la identificación entre poder y derecho, creemos que debe rechazarse que este mismo planteamiento permanezca, como elemento fundamental, cuando el duelo se convierte en un elemento de prueba ordalíaca dentro del proceso.

De todas maneras, el carácter abstracto y general de la definición dada por Brunner no permite adivinar siquiera las características propias de la concepción ordalíaca germana y, en este sentido, debe subrayarse que la ordalía no es exclusivamente una institución germana, sino indogermana, como el mismo Brunner reconoce ⁶⁴. Baste señalar, por el momento, que dentro de los llamados pueblos indoeuropeos o indogermanos, para mantener la terminología brunneriana, se incluyen también aquellos que han configurado el mundo europeo occidental, especialmente Grecia y

62. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769. Cf. REHFELD, *Rec.* cit. 369.

63. Para estas dos direcciones, cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 236 ss.

64. BRUNNER *DRG* I 261.

Roma, donde es también posible descubrir rastros del pensamiento ordalíaco.

Un hecho, sin embargo, no puede negarse: la aparición generalizada de las pruebas ordalíacas en las fuentes coetáneas surge tras la desaparición del imperio romano de occidente y tras el asentamiento de los pueblos germanos en su antiguo territorio, pero nada permite concluir que en el momento de este asentamiento todos los pueblos germanos mantenían no sólo su presupuesta concepción ordalíaca, sino también todos los distintos tipos de pruebas ordalíacas, tales como aparecen configuradas en la época medieval.

La concepción brunneriana de la ordalía permite acoger igualmente los fenómenos medievales; queda así únicamente el recurso de examinar cómo Brunner configura los distintos tipos de ordalías empleados por los germanos.

La ordalía aparece dentro del proceso germano como un medio de prueba, aunque no sea el único medio. Para Brunner los medios de prueba conocidos en el proceso germano son el juramento y el juicio de Dios u ordalía ⁶⁵.

La seguridad con la que hace esta afirmación Brunner no es menor que la que manifiesta von Amira al decir que el proceso germano antiguo sólo conocía dos medios de prueba: el juramento y la intervención de testigos ⁶⁶. No se trata de oponer ambas opiniones, sino de señalar que si estos dos profundos conocedores del derecho germano llegaron a conclusiones tan dispares, quizá sólo pueda explicarse dicha divergencia por la carencia absoluta de fuentes para épocas tan antiguas. Para von Amira, como para Brunner, el proceso germano es una lucha entre las partes, donde éstas determinan la marcha del proceso (*Verhandlungsprinzip*), por lo que los puntos, que las partes no deciden, deben estar determinados precisamente por el derecho (*Legalprinzip*); en este proceso su juridicidad sólo puede ser reconocida en sus características externas (*Formalitätsprinzip*) y en el mismo prima la oralidad y la publicidad ⁶⁷; pese a esta coincidencia esencial entre ambos autores

65. BRUNNER *DRG* I 257.

66. VON AMIRA, *Grundriss* cit. 269.

67. VON AMIRA, *Grundriss* cit. 264 ss.

en el momento de señalar las características del proceso, en el momento de indicar las pruebas utilizadas en el proceso, ambos autores ofrecen respuestas diferentes.

Dado que examinamos las afirmaciones de Brunner desde su coherencia interna, es necesario aceptar su decisión de reducir los medios de prueba en el derecho germano al juramento y a la ordalía; por un lado subrayaremos, sin embargo —en conexión con la tendencia a equiparar lo franco a lo alemán y lo alemán a lo germano—, que recientemente Ganshof ha afirmado que en el derecho franco los medios de prueba del procedimiento ordinario ante el *mallus* y los que se utilizaban más frecuentemente ante el tribunal regio eran las ordalías o juicios de Dios y el juramento; de uso menos frecuente era la prueba testimonial⁶⁸; por otro lado, destacaremos que, sintetizando los resultados alcanzados por la sociología jurídica, Levy ha afirmado que la utilización de las ordalías como medio de prueba ha tenido lugar en todos los tiempos y lugares con carácter supletorio⁶⁹.

¿Cuáles son las ordalías utilizadas por los germanos en su antiguo proceso y cómo fueron utilizadas las mismas? Quizá sea sólo una decisión práctica, pero merece resaltarse la renuncia brunneriana a trazar las características de los distintos tipos de ordalía en el originario proceso germano, remitiéndose a la exposición que les dedicará en el volumen segundo, dadas las diferencias que su empleo presenta en los distintos derechos⁷⁰. Tal decisión muestra la inutilidad práctica de la afirmación de la ordalía como un medio de prueba en el derecho germano originario, puesto que, si no conocemos cómo se desarrollaba el procedimiento ordalíaco en la época germana, tampoco podemos llegar a conclusión alguna para conocer el procedimiento ordalíaco en el mundo medieval, que puede así ser estudiado como un fenómeno nuevo, un fenómeno propio de la Edad Media, aunque por razones quizá sentimentales remontemos su origen a una época muy anterior.

No mucho más preciso se muestra Brunner al determinar los

68. F. L. GANSHOF, *La preuve dans le droit franc*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 73.

69. Jean-Philippe LÉVY, *L'évolution de la preuve, des origines a nos jours. Synthèse générale*, en *Recueils J. Bodin* 17 (Bruxelles 1965) 13, 17.

70. BRUNNER *DRG* I 262.

tipos de ordalía utilizados en el proceso germano originario, aunque menciona alguno de ellos: la prueba de la suerte, la interrogación de las fuerzas naturales del fuego y del agua exorcizadas para el fin de la ordalía, y el duelo, pues Brunner indica que tales tipos son los más importantes, lo que parece indicar que no son los únicos, y no especifica que ordalías del agua y del fuego son utilizadas por los germanos, ya que sólo menciona expresamente la ordalía del agua hirviente ⁷¹.

En la época franca la exposición de Brunner ofrece ya una mayor precisión: añade a las ordalías mencionadas en la época germánica, dos nuevos tipos, la ordalía del pan y la ordalía de la cruz ⁷², considera moderna la ordalía del enterrado vivo ⁷³ y excluye de la época franca la ordalía del féretro, mencionada en la primera edición de su obra ⁷⁴. Recordemos además que Brunner había aludido a una ordalía propia de los germanos del norte, la ordalía que podíamos llamar del terrón (der Rasengang) ⁷⁵. ¿Serían de incluir estas novedades entre aquellas menos importantes ordalías no mencionadas en la época germana originaria? Esta posibilidad aparece excluida por el propio Brunner sea para la ordalía de la cruz, al calificarla de ordalía específicamente cristiana ⁷⁶, sea para la ordalía del pan, al afirmar que no puede remontarse más allá del siglo octavo ⁷⁷, sea para las otras ordalías mencionadas, por las razones indicadas en el texto.

Como simple medio de contraste señalemos que Grimm considera todos los juicios de Dios de origen pagano y de la más alta antigüedad, citando los siguientes: *judicium ignis*, en sus diversas variantes; *judicium aquae*, en su doble variedad; *judicium crucis*; *judicium pugnae*; *judicium feretri*; *judicium offae* ⁷⁸. Es decir, su enumeración coincide en lo esencial con la ofrecida por Brunner, aunque incluye la ordalía del féretro y considera antiguas la orda-

71. BRUNNER DRG I 262.

72. BRUNNER DRG II 538.

73. BRUNNER DRG II 538 n. 2.

74. BRUNNER DRG II 545 n. 32.

75. BRUNNER DRG I 265-266.

76. BRUNNER DRG II 559.

77. BRUNNER DRG II 544 n. 29; 552.

78. GRIMM DRA 912 ss.

lía del pan e incluso la ordalía de la cruz; no menciona, sin embargo, la ordalía de la suerte.

Estos juicios de Dios aparecen testimoniados en el mundo medieval y aunque presenten grandes diferencias entre sí, sin embargo se reconoce expresamente el carácter germano originario de todos ellos, por parte de Grimm, salvo la ordalía no mencionada, o de la mayor parte de ellos, por parte de Brunner.

Antes de seguir adelante creemos necesario recordar una característica del planteamiento de la obra brunneriana. Se propone alcanzar a perfilar un derecho alemán, pero en la práctica también germano, a partir de los derechos de las distintas ramas germánicas. Lo importante para Brunner, por tanto, es señalar aquellas instituciones comunes a diversos pueblos germanos, ya que esta coincidencia le permitirá afirmar su común origen germano; de aquí que se prescindiera o no se explique por qué no todos los pueblos germánicos han mantenido, aunque fuesen modificadas, sus originarias instituciones comunes germanas.

Al ponerse en duda el carácter común germano de las ordalías, es necesario asentar el mismo. Brunner dice que contra la afirmación de von Amira, que remonta la aparición de las ordalías en el medioevo a una influencia india, «habla en especial el ámbito de extensión posterior de la ordalía del agua hirviente y de la ordalía de la suerte. En aquella la acción ordalíaca consiste en hervir agua en un recipiente, donde el probante introduce el brazo desnudo, para extraer un anillo o una piedra. Si aparecían, después del transcurso de un plazo determinado, sanos la mano y el brazo, se superaba la prueba. Esta ordalía aparece testimoniada en las fuentes desde el siglo VI en los francos ribuarios y sálicos, por las leyes del rey Ines (688-695) entre los anglosajones, en el tránsito del siglo VII al VIII entre los visigodos, en el siglo VIII entre los longobardos y frisones, en el noveno entre los sajones. Por esto se excluye —continúa Brunner— que la ordalía del agua hirviente entre los germanos occidentales pueda ser reconducida a una inmigración de una institución jurídica originariamente india procedente de las costas del Mediterráneo. Esto mismo vale para la ordalía de la suerte. Prescindiendo de que la suerte, lo que es reconocido universalmente, ha sido empleada por los germanos en la época pagana como oráculo, está testimoniada seguramente

como juicio de Dios no sólo entre los francos y frisones, sino también entre los anglosajones y ciertamente como un resto del paganismo por un concilio del año 786, que la fulmina»⁷⁹.

Esta forma de proceder de Brunner nos parece suficientemente característica. Aun admitiendo que su demostración llegase a probar el carácter germano común de la ordalía del agua hirviente y de la ordalía de la prueba, de la misma no podría obtenerse ningún elemento en favor de que el duelo o la ordalía del hierro candente tuviesen el mismo origen. La impresión que se obtiene, sin embargo, es que Brunner admite plenamente que este carácter común germano puede predicarse igualmente de todos los tipos de ordalía que menciona, incluso de aquellos que no van a ser posteriormente tomados en consideración en su refutación de von Amira. No deja de ser sintomático, que primero afirma el carácter común germano de las ordalías y sólo posteriormente rechaza la opinión de von Amira.

Si prestamos ahora nuestra atención a las características que presentan estos tipos de ordalía en la época germana, tendremos que llegar a la conclusión que Brunner se mantiene en una posición harto prudente; su exposición oscila entre la generalidad y la ambigüedad.

Dentro de las ordalías, en las que se invocan elementos naturales, Brunner presta su atención a la ordalía del agua hirviente, señalando que el objeto a recoger es un anillo o una piedra. ¿Conocieron desde siempre los germanos esta doble posibilidad? ¿No es posible que en los tiempos más antiguos se utilizara sólo uno de los dos objetos mencionados? ¿Si es así, cuándo se produjo la introducción del segundo objeto? ¿Ocurrió antes de la disgregación de la antigua comunidad germana o después? ¿Puede negarse, pese al silencio de las fuentes posteriores, que pudieran utilizarse otros objetos? Añádase, además, que Brunner habla de un anillo o una piedra, pero, como veremos, tal como aparece testimoniada en la edad media peninsular, esta prueba puede realizarse con un número mayor de objetos, que no siempre eran piedras.

79. BRUNNER *DRG* I 262-263. A señalar que Brunner niega que la aparición de la ordalía del agua hirviente entre los germanos occidentales se deba a una inmigración.

Las noticias en torno a la forma de realizarse la ordalía tampoco son más detalladas: se guarda silencio sobre las formalidades a observar antes de proceder a la realización de la prueba, pero se guarda silencio igualmente sobre las formalidades a realizar tras el empleo de la prueba. ¿Se vendará o no la mano del probante? ¿Quién lo realiza? Estas y otras muchas preguntas quedan igualmente sin respuesta. Como queda igualmente en una indeterminación completa el plazo durante el cual el probante debe esperar a que su mano sane o se llague⁸⁰.

Muchas menos noticias da Brunner sobre la prueba de la suerte, pues no sabemos siquiera si entre los germanos era una ordalía unilateral o bilateral, ya que en época posterior, en la Edad Media, aparece en unos pueblos como unilateral, mientras en otros como bilateral⁸¹.

Estas deficiencias únicamente manifiestan lo poco que estamos informados en torno al empleo de las ordalías entre los germanos. En este momento sólo queremos llamar la atención sobre este hecho y sobre sus consecuencias: para el estudio de la ordalía medieval no es necesario el conocimiento de la ordalía en el mundo germano, tal y como ha podido ser reconstruida por la ciencia, en la medida en que su configuración no es más que el resultado de la extrapolación de datos medievales.

Tiene, sin embargo, un valor especial la constatación de la aparición progresiva de la ordalía del agua hirviente. Las fuentes van testimoniando su empleo primero entre los francos, más tarde entre los anglosajones, después entre los visigodos, y así sucesivamente. Da la impresión de que se trata de una jugarreta de las fuentes escritas, pues debe entenderse que, a pesar de esta aparición distanciada en el tiempo, desde siempre estos pueblos utilizaron esta antigua práctica, si se remonta al derecho común germano. Se comprende así que Brunner se apresure a afirmar que las características propias de esta ordalía entre los visigodos, la aparición de tres piedras en vez de una y la intervención de niños inocentes, prueban que no ha sido tomada en préstamo de los

80. Cf. BRUNNER *DRG* II 581 para la época franca, donde el plazo parece ser únicamente de tres días.

81. Vid. los testimonios en BRUNNER *DRG* II 539. Contra la explicación de Brunner, vid. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 152 ss.

francos por los visigodos⁸². Pese al silencio del Liber, indica Brunner, la ordalía del agua hirviente aparece regulada en una ley probablemente de Egica, y de forma sorprendente en las fuentes más modernas, es decir, medievales, para las diferentes partes de la península con características en parte propias. A un origen visigodo se vincula también el duelo a caballo, que aparece entre los francos bajo Ludovico Pío como una nueva forma jurídica de dicha ordalía⁸³. Las fuentes modernas, continúa Brunner, testimonian el empleo de la ordalía del agua hirviente y también la del hierro candente en las demandas de paternidad⁸⁴, aunque, concluye, las ordalías practicadas por los visigodos extrajudicialmente hayan sido la del agua hirviente y la del duelo, pues sólo así se podría explicar su sorprendente aparición en época posterior, que no puede hacerse remontar a un préstamo exterior⁸⁵.

Hemos rebasado el problema de la ordalía del agua hirviente, pero esto nos permite ver la fundamentación de las afirmaciones de Brunner. Si no menciona la ordalía del hierro candente entre las practicadas extrajudicialmente en la época visigoda, tampoco explica su aparición sorprendente en la Edad Media peninsular, tanto más necesaria cuanto más la inclusión del empleo extrajudicial del duelo en la monarquía visigoda se basa en un testimonio del 820.

Por su parte, Hinojosa afirmaba que el derecho escrito durante la época visigoda no conocía la ordalía como medio de prueba, salvo la del agua hirviente, raramente aplicada, pero, tras la desaparición del reino visigodo, surgen, al lado de la ordalía del agua hirviente, otras: la del hierro candente y la del duelo, la más importante⁸⁶, ordalías que Hinojosa considera también, dado su planteamiento, practicadas consuetudinariamente durante la época visigoda.

No vamos a entrar ahora en el análisis de estas afirmaciones, pero sí vamos a poner de relieve que mientras Brunner puede dejar

82. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52, en base a *Liber* p. 463.

83. BRUNNER *DRG* II 542.

84. BRUNNER *DRG* II 549.

85. BRUNNER *DRG* II 544.

86. HINOJOSA, *El elemento* cit. 420-421.

en el aire la explicación del empleo en la época medieval de la ordalía del hierro candente, ya que su finalidad es exponer un derecho alemán/germano común, Hinojosa se ve en la necesidad de reconocer, al menos implícitamente, que la ordalía del hierro candente fue empleada igualmente en la época visigoda.

La ley que regula la ordalía del agua hirviente, de muy dudosa tradición manuscrita, aparece fechada en los últimos años de la monarquía visigoda, aunque muy probablemente, como veremos, procede de la época medieval; el testimonio del empleo del duelo entre los visigodos se apoya en una noticia, válida en todo caso para Cataluña, del 820 y, finalmente, el empleo del hierro candente sólo aparece testimoniado en la época medieval y tardíamente. En esta situación afirmar que el empleo del hierro candente en la Edad Media peninsular puede ser resultado de una influencia exterior o, en todo caso, de una elaboración propia peninsular, podría llevar a pensar que esta explicación es la que se adecúa mejor a las noticias existentes en torno a las otras ordalías.

Dejando por el momento en suspenso estas afirmaciones, señalemos que si la utilización de la ordalía del agua hirviente no es un préstamo franco, quedan sin explicar las especialidades ofrecidas por la misma en el derecho visigodo. No creemos forzar el pensamiento de Brunner, si afirmamos que los trazos propios de dicha ordalía en la época germana los presenta la regulación franca, pero entonces caba preguntarse, ¿de dónde proceden las modificaciones visigodas? Es necesario concluir que son modificaciones surgidas en la evolución autónoma de dicha institución entre los visigodos, porque, en caso contrario, se plantearía el problema de posibles contaminaciones, con todo lo que ello comportaría para el problema del origen germano de las ordalías.

Tampoco la aparición de la ordalía del agua hirviente en las leyes de los anglosajones habla en favor del carácter común germano de las ordalías. Tanto los francos como los frisones utilizan el término *ordél* para aludir sea al *Dei iudicium* sea a la sentencia judicial; los anglosajones, sin embargo, reservan la palabra *ordél* (latinizada en *ordalium*) para los juicios de Dios. Este hecho no es simple casualidad: manifiesta que los anglosajones han tomado en préstamo de la lengua franca dicha palabra, adoptando el ritual

franco de las ordalías⁸⁷. La conclusión de esta afirmación es simple: el empleo de la ordalía del agua hirviente entre los anglosajones no es testimonio de una antigua comunidad jurídica germana, sino resultado de una influencia franca. Esta conclusión se confirma aún más, al ocuparse de nuevo Brunner de este punto en el volumen segundo de su exposición. Tras señalar que, con la excepción de la ley de Ines de Wessex de finales del siglo VII, las leyes antiguas anglosajonas desconocen completamente los juicios de Dios entre los libres y entre los siervos, indica que la mencionada ley reconoce la ordalía del agua hirviente, y tras ella, sólo a principios del siglo X, aparecen ordalías unilaterales. Su empleo se desarrolla generalmente sólo en el siglo XI, especialmente en las normas dadas para la población danesa invasora. Las fórmulas ordaliacas anglosajonas, tal como nos han llegado a nosotros a partir del siglo X, muestran la más íntima vinculación a las fórmulas más antiguas, las cuales nos transmiten el formalismo ordaliaco franco. Según todas las apariencias faltan en el derecho más antiguo de los anglosajones las ordalías, al carecer de un ritual eclesiástico. Cuando empezaron a conocer uno, por influjo franco, nada se oponía ya al empleo oficial de las ordalías y había tanto mayor motivo para tomar en préstamo las formas francas aprobadas por la Iglesia, cuanto más la población danesa recién convertida apenas había podido olvidar sus ordalías paganas. A partir de esta recepción de las ordalías francas se explica, como hemos visto, el empleo de la palabra ordalía entre los anglosajones⁸⁸.

Esta explicación de Brunner muestra claramente que, al menos entre los anglosajones, la aparición de las ordalías está vinculada a una influencia franca, por lo que difícilmente puede presentarse como testimonio del origen común germano de la ordalía del agua hirviente⁸⁹.

87. BRUNNER *DRG* I 261 n. 47.

88. BRUNNER *DRG* II 541-542.

89. No vamos a entrar aquí en la posible persistencia entre los anglosajones, de forma consuetudinaria, de las ordalías: en sus leyes se introducen a imitación de los formularios francos; debe resaltarse, por lo tanto, que la utilización oficial de las ordalías entre los anglosajones se hace mediante el empleo del formulario franco; las semejanzas, por lo tanto, no radicarían en un origen común, sino en una importación.

Del examen realizado pueden deducirse algunas conclusiones provisionales de una cierta importancia, a partir de las afirmaciones brunnerianas:

A) No todos los pueblos germánicos desprendidos del tronco común han conservado todas y cada una de las primitivas ordalías, empleadas, según Brunner, en la época germana, si no aparecen testimoniadas en todos ellos; por limitarnos a la península, podemos afirmar que Brunner reconoce el desconocimiento de la ordalía del hierro —así como de la ordalía del agua fría y de la suerte, se podría añadir— entre los visigodos, admitiendo expresamente que utilizaron extrajudicialmente la ordalía del agua hirviente y el duelo.

B) Determinadas pruebas ordalíacas se han podido perder en algunos pueblos germánicos, aunque posteriormente hayan podido incorporarse de nuevo a su acervo jurídico, como consecuencia de una influencia franca, como en el caso anglosajón.

C) Los diversos tipos de ordalía pueden presentar diferencias en la regulación conservada por los distintos pueblos en la época medieval e incluso algunos pueblos pueden ofrecer ordalías propias, así la ordalía del terrón (der Rasengang); estas diferencias y estas ordalías propias no pueden ser originarias, es decir, no pueden remontarse a la época germana, por razones metodológicas: ¿Cómo surgen tales modificaciones y cómo se crean nuevas ordalías? ¿No es posible reinventar ordalías ya existentes pero abandonadas?

Por el momento dejemos planear estas afirmaciones y volvamos de nuevo a la exposición de Brunner, que, tras fundamentar el origen común de la ordalía del agua hirviente y de la ordalía de la prueba de la manera expuesta, acomete el problema del duelo.

El primer problema que ofrece el duelo es el de su ubicación. Se discute si se trata de una ordalía e, incluso, de forma más general, si se trata o no de un medio de prueba. Tras sentar que existen duelos que ni son ordalías ni son medios de prueba, Brunner concluye afirmando que el duelo deviene ordalía cuando se configura como tal, es decir cuando se piensa poder ver en su resultado la prueba de la verdad o de la falsedad, del derecho

o de la injusticia. «Para los germanos del oeste esta concepción está fuera de duda»⁹⁰.

El duelo, en conclusión, puede ser una ordalía e indudablemente lo es entre los germanos occidentales, es decir, entre los alemanes.

¿Dónde encuentra apoyo esta afirmación? Las fuentes de la época franca califican expresamente de juicio de Dios al duelo, manifestando, además, claramente que la divinidad concede la verdad y el derecho al vencedor. Esta impresión se refuerza por la posibilidad, en algunos derechos, de que las partes puedan elegir campeones que defiendan su derecho en el duelo, atribuyéndose los mismos a las partes, antes del duelo, por la suerte, entre los bávaros. Esta concepción del duelo como juicio de Dios no ha sido consecuencia de la influencia cristiana, sino que se remonta ya a la época pagana, como muestra la íntima unión entre lucha y derecho entre los germanos, el empleo por éstos del duelo como oráculo y la extensión del pensamiento de la ordalía sobre la batalla y la guerra, así como la utilización de fórmulas y medios mágicos, combatidos todavía en la época cristiana⁹¹.

No vamos ahora a aludir a las pruebas mencionadas para demostrar el origen pagano del duelo; baste señalar, por el momento, que las mismas demuestran que los pueblos alemanes conocen el empleo del duelo en la época pagana, pero no ofrecen ningún apoyo para afirmar que los pueblos germanos conocieron el duelo en tanto medio de prueba, en tanto ordalía.

Demostrar en este sentido el carácter pagano del duelo no es suficiente, ya que es necesario demostrar que el duelo, en cuanto medio de prueba y ordalía, se remonta a la época germana; y tal prueba aparece un tanto difícil de conseguir, pues, como reconoce el mismo Brunner, si entre los germanos del oeste, es decir los alemanes, y entre los burgundios, un pueblo del grupo de los alemanes orientales⁹² el duelo aparece como un medio de prueba perfectamente integrado en el proceso judicial, tal no ocurría entre los germanos del norte o escandinavos y probablemente tampoco

90. BRUNNER *DRG* I 263.

91. BRUNNER *DRG* I 263-264.

92. Cf. BRUNNER *DRG* I 61.

entre los ostrogodos, donde se conocía un duelo, que se desarrollaba fuera del proceso, constituyendo en sí mismo un proceso; no aparece por tanto como una ordalía, sino como una autotutela legalmente regulada⁹³. Se podía así explicar originariamente como una enemistad transformada contractualmente en duelo⁹⁴.

Estos son los hechos tal como los expone Brunner, aunque inmediatamente añade que el pensamiento ordalíaco no era extraño a los germanos del norte: ni el hecho de que las noticias sobre las ordalías del agua hirviente y del hierro candente no rebasen el siglo XI, ni el hecho de que los casos más antiguos de su empleo descansan sobre un acuerdo de las partes ni, finalmente, que los germanos del norte utilizaran, tras la conversión al cristianismo, formas ordalíacas aprobadas eclesiásticamente son pruebas vinculantes que puedan conducir a afirmar que las ordalías del fuego no nacieron de forma autóctona en el norte. Especialmente la situación de las fuentes no excluye su empleo extraprocesal para la época pagana; además los germanos del norte conocieron una ordalía propia, la ordalía del terrón (*der Rasengang*), prueba consistente en pasar, sin derribarlo, bajo un terrón alzado. Debe además señalarse que esta ordalía se utilizaba para reforzar el juramento, un hecho que refleja el próximo parentesco que existía originariamente entre juramento y juicio de Dios⁹⁵.

La valoración de estas afirmaciones brunnerianas depende muchísimo de la posición previamente adoptada⁹⁶, pero no exageramos al decir que las mismas únicamente permiten hipotetizar la existencia de prácticas ordalíacas entre los germanos del norte, afirmar un empleo del duelo, que al desarrollarse fuera del proceso no era realmente una ordalía, y, finalmente, decir que los germanos del norte conocían en la Edad Media una ordalía propia⁹⁷, que por reflejar la relación originaria existente entre juramento y juicio

93. BRUNNER *DRG* I 264-265.

94. BRUNNER *DRG* I 265.

95. BRUNNER *DRG* I 265-266.

96. Vid. la crítica de PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 149 ss.; cf. GAL, *Der Zweikampf* cit. 286.

97. Testimoniada, al parecer, en una sola fuente como ordalía, en el capítulo 18 del «*Laxdaelasaga*», que recoge una narración referente al siglo X, según indica PATETTA, *Le ordalie* cit. 211-212. Vid. infra n. 354.

de Dios está poniendo de relieve que entre los germanos del norte no es el duelo, sino la ordalía del terrón, la que establece tal relación.

Invocar testimonios de un pensamiento ordalíaco o de fenómenos más o menos emparentados con el mismo para demostrar la existencia de un determinado tipo de ordalía entre los germanos legitimaría la posibilidad de recurrir al mundo romano, en el cual se encuentran testimonios del recurso a la ordalía sólo en la época más antigua —el último parece remontarse al 204 a. C.—, pero donde muchas manifestaciones de la voluntad divina, presagios, oráculos, etc., han jugado un papel mucho más importante del que se piensa normalmente como prueba en el proceso o más generalmente en el arte de la oratoria. Autores como Cicerón, Quintiliano o Julio Víctor citan estos testimonios divinos al lado de los testimonios humanos, reflejando así una opinión general que, al lado de las pruebas judiciales, creía poder reconocer un valor probatorio a sucesos, en los que descubría el signo de la decisión de los dioses⁹⁸, para no mencionar la noticia ofrecida por el Pseudo-Acrón, un escoliasta de Horacio, en el que, como señala Patetta, parece leerse una descripción de un *judicium panis*, pues se rechaza generalmente como testimonio válido para la época romana, al proceder muy probablemente de la época franca⁹⁹.

El carácter germano común del duelo es una afirmación de Brunner, que no puede ser confirmada desde su exposición. El duelo —dice— Brunner— no es necesariamente ni un juicio de Dios ni un medio de prueba, pero se convierte en ordalía, cuando se asienta la convicción de que el resultado del mismo pondrá de relieve la verdad o la falsedad de una afirmación¹⁰⁰. Sin esta convicción, el duelo puede configurarse como un proceso en sí, ya que demuestra su derecho quien vence en el duelo, que, desde este punto de vista, puede ser considerado manifestación de una enemistad contractualmente regulada¹⁰¹ y —concluye Brunner— en

98. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain, en St. De Francisci II* (Milano 1956) 409 ss.

99. PATETTA, *Le ordalie* cit. 140-141; BRUNNER *DRG II* 544 n. 29; LÉVY, *Le problème* cit. 421.

100. BRUNNER *DRG I* 263.

101. BRUNNER *DRG I* 265.

esta estadio parecen moverse todavía los germanos del norte, así como los ostrogodos¹⁰². Si esto es así, el duelo, en tanto ordalía, no puede remontarse a la época germana común, aunque los germanos hubiesen conocido el duelo como oráculo, según dice Bruner, y como proceso en sí, es decir como una enemistad regulada contractualmente¹⁰³, salvo que se quiera afirmar que han sido los alemanes los únicos que han conservado la antigua tradición del derecho común germano, pero entonces, ¿de dónde han tomado los visigodos el empleo del duelo y cuándo?

Si queremos concluir este examen de las afirmaciones brunerianas, podemos señalar, a partir de las mismas, las siguientes conclusiones:

a) Aunque pueda afirmarse hipotéticamente que el pensamiento ordaliaco no era extraño a los germanos, tal afirmación no ha sido probada; a partir del hipotético empleo de las ordalías entre los germanos, no es posible sin embargo señalar cuáles eran los tipos de ordalía reconocidos por el derecho común germano.

b) En el transcurso de su historia, los diferentes pueblos germanos no mantuvieron intacta su herencia común hipotetizada, difícilmente concretada en el campo de las ordalías; precisamente por ello, si no puede saberse con exactitud qué tipos de ordalía fueron utilizados en la época germana, tampoco puede afirmarse cuáles tipos fueron conservados por todos los pueblos y cuáles permanecieron en algunos de ellos únicamente; de la exposición de Brunner para la época franca resalta claramente que ni todos los pueblos germánicos conocieron los mismos tipos de ordalía ni su empleo en todos ellos presenta las mismas características¹⁰⁴; puede así señalarse lo siguiente:

a') Algunos pueblos germanos presentan ordalías propias, así la ordalía del terrón (*der Rasengang*), lo que hablaría en contra de su origen común germano.

102. BRUNNER *DRG* I 264-265.

103. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 167, concluye así su examen de la posición de Mayer: «No sólo no se ha demostrado, sino que tampoco se puede aceptar, que «la ordalía en sentido estricto... estuviese generalizada mucho tiempo antes de la época histórica en todos los pueblos germanos». Cf. *infra* p. 196.

104. Vid. BRUNNER *DRG* II 538 ss. e *infra* p. 53 ss.

b') Algunos pueblos germánicos dejarían de utilizar las ordalías, si posteriormente las incorporaron a su acervo jurídico por influencia exterior, tal como ocurrió entre los anglosajones, que recibieron algunas ordalías por medio de los rituales eclesiásticos francos¹⁰⁵, pero también recibieron el duelo de los normandos, asentados en la zona occidental de Francia¹⁰⁶.

c') Algunos pueblos no conocen algunos tipos de ordalía utilizados entre otros pueblos germánicos; tal ocurre p. ej. con la ordalía de la suerte en la península; si se quiere afirmar que esta ordalía se remonta a la época común germana, debe concluirse que algunos pueblos germanos perdieron parte de su tradición común a lo largo de su historia.

d') En el empleo de las ordalías, los diferentes pueblos ofrecen particularidades propias, cuya aparición no ha sido explicada.

Si conjugamos estas afirmaciones, la conclusión sólo puede ser la puesta en duda de la manera habitual de actuar entre los germanistas. La utilización de las ordalías en el proceso germano común sólo ha sido hipotetizada, pero no demostrada; pese a ello, se ha construido un proceso germano caracterizado por el empleo de las ordalías, que ha perdurado en los distintos pueblos germánicos. Pero si los tipos originarios de las ordalías empleados en la época germana común no pueden probarse sin asomo de dudas, si a lo largo de su historia algunos pueblos germanos han ido perdiendo los antiguos tipos —independientemente de cuáles hayan sido— para recuperarlos más tarde, a veces por influencia exterior, y si, finalmente, en algunos casos los pueblos germanos han acuñado tipos propios de ordalías, no es posible, en base a datos procedentes de la Edad Media, afirmar nada con seguridad sobre la situación visigoda, pues las ordalías medievales o pueden haber sido el resultado de una aparición autóctona de la época, dadas las especialidades que presenta su regulación, o pueden haber sido el resultado de una influencia exterior, dado el papel fundamental que en la regulación de las ordalías ha jugado la Iglesia.

105. Vid. supra p. 30-31.

106. BRUNNER DRG II 542.

6. Si no nos equivocamos en nuestras apreciaciones, resultaría que de la misma exposición de Brunner se desprende, por un lado, que no consigue demostrar cuáles eran los tipos de ordalía utilizados entre los germanos en la época más antigua, y por otro lado, que en los tiempos históricos, tras la conversión al cristianismo, cada uno de los pueblos germánicos ofrece su propia selección de ordalías, que pueden utilizar en el proceso con características propias; finalmente, algunos pueblos han introducido nuevos tipos de ordalías, mientras otros, tras haber abandonado su empleo, vuelven a incorporarlos, tomándolos en préstamo de otros pueblos.

De estas afirmaciones debe concluirse que el origen y empleo de las ordalías entre los pueblos germánicos en la Edad Media es un problema que sólo puede resolverse desde las fuentes de la misma Edad Media; no es posible, en base al carácter germano de estos pueblos, afirmar la persistencia de forma consuetudinaria del empleo de las ordalías, sin que haya dejado trazo alguno en las fuentes, por ser las ordalías una institución típicamente germana. Y a esta misma conclusión puede llegarse, valorando otra serie de hechos.

La época antigua germana y la época posterior, cuando se han producido ya las grandes divisiones, pero antes del asentamiento definitivo de los pueblos germánicos en el mundo romano, aparecen envueltas en la exposición de Brunner, en una cierta indeterminación, que le permite hacer afirmaciones válidas en la medida en que no se confrontan, tal como hemos visto. Su renuncia a examinar más a fondo los presupuestos, que están en la base de la creencia ordalíaca germana le permite también simplificar su exposición, retrotrayendo a la época primitiva un grupo concreto de tipos de ordalía: agua, fuego, suerte y duelo.

Sin embargo, cualquier intento de profundizar en los presupuestos en los que se basa el empleo de los distintos tipos de ordalía, hace saltar a la luz un origen diferente. Todo intento de trazar una evolución de la creencia ordalíaca tiene que fundamentarse en la hipótesis, hipótesis que no sólo sirve para sustentar la explicación concreta de la aparición de la ordalía, sino que presupone también hipótesis fundamentales, en las que se apoyan los intentos de comprender la evolución del hombre.

La demostración más clara de estas afirmaciones puede encon-

trarse en las páginas que Patetta dedica al origen de las ordalías. La explicación del origen de las ordalías depende estrechamente sea de la forma de concebir la manera de pensar de los pueblos primitivos, sea de la forma de explicar el progresivo camino hacia la conquista de la cultura; así se explica que quienes, como Spencer, ven en el culto de los muertos la primera forma del pensamiento animista, se inclinan igualmente a afirmar que el tipo más antiguo de ordalía sería el recurso al espíritu del muerto, que, deseoso de venganza, descubriría el asesino; esta ordalía, pese a que los criterios religiosos que la sustentaban habían ya desaparecido, logró mantenerse, como mostraría el empleo del *iudicium feretri* en la Edad Media¹⁰⁷. Puede tener razón Patetta al dudar de esta interpretación spenceriana y es posible que acierte al vincular la aparición de la ordalía al desarrollo del animismo, cuando se ve detrás de las cosas un espíritu; «el fuego quema, porque en él existe un ser que devora el objeto quemado, el veneno mata, el remedio sana porque con ellos penetra en el cuerpo un espíritu, que produce la muerte, o aleja a otro que causa la enfermedad, etc.»¹⁰⁸. Si las calamidades se consideraban efecto de la cólera divina, pareció natural recurrir a los espíritus, no porque fuesen considerados como guardianes de la justicia, sino porque se creía en la posibilidad de obligarles a descubrir el culpable, que había provocado la cólera divina; también cabía dirigirse al espíritu ofendido, que se suponía embargado por el deseo de la venganza¹⁰⁹. Si este animismo puede estar en la base de muchas ordalías —agua, veneno, fuego—, sin embargo, no parece que pueda ofrecer una respuesta tan convincente para otras ordalías. Dicho con otras palabras, es necesario superar el estadio del animismo para poder incluir dentro de las ordalías nuevos tipos; el duelo será así un fenómeno posterior, como reconoce el mismo Patetta¹¹⁰.

De estas afirmaciones lo que interesa destacar no es su mayor o menor acierto, sino el haber destacado que todo intento de ahondar un poco en las características de la creencia ordalíaca,

107. PATETTA, *Le ordalie* cit. 4 ss.

108. PATETTA, *Le ordalie* cit. 7.

109. PATETTA, *Le ordalie* cit. 12.

110. PATETTA, *Le ordalie* cit. 15 ss.; 172 ss. en especial 178 ss.

rompe la aparente uniformidad de un fenómeno que se caracteriza como universal.

En la prueba del hierro candente los efectos son siempre los mismos: el probante se quemará la mano, salvo la intervención divina. Pero si los resultados de esta ordalía son siempre los mismos, existen grandes diferencias en su valoración, de acuerdo con la forma de considerar el resultado de la prueba: no es lo mismo que el resultado sea consecuencia de la intervención del espíritu del fuego que de la intervención del Dios cristiano, no es lo mismo que el probante demuestre su inocencia gracias a la intervención de una divinidad justiciera que logre superar la prueba por medio de artes mágicas.

Un examen de las distintas ordalías parece probar una aparición de las mismas distanciadas en el tiempo y parece también mostrar que las ordalías tienen un origen diferente. Las afirmaciones en torno a las ordalías encuentran su apoyo en una construcción fundamentalmente cristiano-eclesiástica, independientemente de que, para su construcción, se hayan empleado o no elementos paganos. La idea fundamental se encuentra en la identificación entre Dios y justicia y en la creencia en que Dios hará triunfar al justo o, con otras palabras, el justo superará todas las pruebas.

Esta idea es la que permite acomunar los distintos tipos de ordalía. Señalar, tal como ha hecho Leitmaier¹¹¹, que la ordalía cristiana viene caracterizada por la intervención divina, que permite que en determinados casos no se cumplan las leyes de la naturaleza, es llevar a cabo una elaboración un tanto complicada, que no parece la más adecuada para explicar supuestos como los representados por la ordalía del duelo, la de la suerte o incluso la del pan.

Si se prescinde, sin embargo, de esta tarea de acomunar bajo un centro de atracción lo suficientemente amplio fenómenos diferentes, difícilmente puede encontrarse una explicación única. Patetta, con fines distintos, había llamado ya la atención sobre las numerosas definiciones dadas de las ordalías o juicios de Dios, que pecaban de ordinario «por falta de la amplitud necesaria para abrazar todas sus formas, y frecuentemente también por dejar suponer

111. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 97.

que el uso de las mismas se limitase a los procesos penales»¹¹². Y señalamos que con fines distintos, pues Patetta no pretendía delimitar la ordalía cristiana, tal como fue empleada en la Edad Media, sino dar una definición de ordalía lo suficientemente amplia para acoger todos los fenómenos ordalíacos, en cualquier parte del mundo y en cualquier momento histórico. Esta finalidad podía conducir igualmente a difuminar el distinto origen de las ordalías, aunque no a hacer desaparecer por completo sus diferencias, como hemos ya indicado.

Si prescindimos de los principios cristianos, que están en la base de las ordalías empleadas en la Edad Media, puede verse fácilmente que las distintas ordalías aparecen desvinculadas unas de otras, al faltarles un centro de atracción. Cuando se trata de explicar su aparición, se evidencia todavía de forma más clara su distinto origen. Las explicaciones arbitradas pueden ser más o menos convincentes, pero todas ellas conducen a la necesidad de separar los distintos tipos de ordalías.

Puede así distinguirse entre ordalías de descubrimiento («die Ermittlungsordalien»), que responde a acciones de persecución, realizadas por el poder político o por el ofendido, por lo que tienen una naturaleza mántica, y ordalías de defensa («die Abwehrordalien»), que se presentan como un refugio del acusado; de aquí que se manifiesten como un signo de poder, ya que el éxito en su realización convierte al acusado en tabú. Esto explicaría que en su origen estas ordalías no fuesen dirigidas a mostrar la inocencia, sino el poder del acusado. Los orígenes de las ordalías estarían dominados por la equiparación entre poder y derecho. De aquí no debe concluirse que el más fuerte aparece como inocente, sino también que el inocente aparece como el más fuerte. La desgracia devenía así signo de culpa. Posteriormente aparece la intervención divina, a la que se pide ayuda. «Así se eleva purificándose el juicio de Dios a los escalones más altos de la religiosidad creyente, mientras que sus raíces descansan en las oscuras concepciones religiosas y jurídicas primitivas de la tierra»¹¹³.

Es indudable, como indica Rehfeldt al recensionar la mencionada

112. PATETTA, *Le ordalie* cit. 2.

113. REHFELDT, rec. cit. 395-396; la frase es de Erlcr.

da obra de Erler, que tal hilación de ideas no puede apoyarse en pruebas históricas. Erler no puede ofrecer testimonios directos de sus afirmaciones sobre la concepción jurídica antigua de la ordalía ¹¹⁴.

Puede ser ya sintomático que, recientemente, Erler, al exponer sintéticamente el problema de las ordalías, repita su concepción fundamental, pero no incluye ya el duelo dentro de las ordalías de defensa, sino que lo considera como un medio de decisión originariamente, aunque se haya convertido pronto en un medio de prueba ¹¹⁵. El mérito de esta exposición no radica tanto en lo acertado o no de sus conclusiones, cuanto en el evidenciar que, cuando se profundiza en el conocimiento de las instituciones, lo que parece igual puede presentar grandes diferencias, como consecuencia del pensamiento profundo en que se apoya.

Sin entrar en el problema del origen de las ordalías, no debemos olvidar que, para la época antigua, entre los germanos, nuestros conocimientos se apoyan fundamentalmente en el mundo medieval, donde una serie variada de tipos de ordalías puede ser acomunada por el pensamiento de un Dios justiciero. Es posible que estas ordalías hayan nacido en la época medieval, pero es también posible que procedan de una época anterior, de la que conservarían dos características propias de las ordalías de defensa: la divinidad hace público su juicio fundamentalmente por medio de los elementos y el probante por regla general no está obligado a someterse al juicio de Dios, sino que se ofrece para ello ¹¹⁶. Todas estas afirmaciones son tanto más interesantes, cuanto menos comprobables ¹¹⁷.

Importa destacar que no todos los tipos de ordalía nacieron al mismo tiempo —si no las vinculamos al pensamiento cristiano— y que cada tipo de ordalía utilizado está íntimamente ligado a un círculo de ideas religiosas. Sólo si renunciamos a investigar estas ideas, podemos atribuir a un momento histórico pasado, a falta de pruebas históricas, cualquier tipo de ordalía.

114. REHFELDT, *rec. cit.* 396.

115. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769-1771.

116. Así ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769.

117. Cf. *infra* p. 92 y n. 272.

7. El desarrollo de la sociología jurídica permitió descubrir que, acomunando las diferentes instituciones por sus rasgos externos, éstas podían encontrarse prácticamente en todos los pueblos y en todas las épocas, lo que iba a encontrar un reflejo importante en el campo de la ordalía, al ser considerada como el resultado de la creencia de que la divinidad descubrirá la verdad de lo sucedido.

A partir de sus características más externas, pero al mismo tiempo captando el elemento fundamental de su concepto, se ha podido decir que «la ordalía es pues una pregunta hecha a los espíritus en ciertas condiciones y con formalidades tales de inducirlos u obligarlos a responder de la manera a ellos establecida»¹¹⁸. Caracterizada así la ordalía, pierden ya mucho de su importancia las distintas formas a través de las cuales puede manifestarse la intervención divina, pese a que puede señalarse una cierta regularidad en la aparición de alguna de ellas. Quizá esta misma regularidad en el empleo de determinados tipos de ordalía indujo a Brunner a hablar de la ordalía o juicio de Dios como una institución jurídica surgida probablemente sobre bases indogermánicas¹¹⁹, convirtiéndose así un concepto lingüístico en un concepto cultural o, dicho de otra manera, pasando de la afirmación de una unidad lingüística primitiva a la afirmación de una unidad racial y cultural¹²⁰.

De este planteamiento, Brunner no obtuvo ninguna conclusión; de esta primitiva comunidad lingüística indoeuropea o indogermánica, convertida en unidad cultural, sólo prestó atención a los indios y a los germanos: rechazada la aparición de las ordalías en la época medieval por influencia india, sólo podía explicarse la misma a partir de una influencia germana, pues el alto grado de cultura alcanzado por griegos y romanos no permitía otra explicación.

Si prescindimos del problema de la aparición de las ordalías en la Edad Media, podemos constatar que la posición de Brunner es un tanto restrictiva, pues ya Patetta había señalado que «las ordalías se explican mejor que con cualquier otro sistema con las

118. PATTEA, *Le ordalie* cit. 12.

119. BRUNNER *DRG* I 261.

120. Cf. Julio CARO BAROJA, *Los pueblos del norte* (San Sebastián s. d. (1977?) 11.

formas religiosas más bajas y rudimentarias, y por eso precisamente se deben declarar antiguas cuanto la religión, y universales como esa»¹²¹.

Las ordalías, reducidas así a una creencia en la posibilidad de que la divinidad intervenga en la vida de los hombres para resolver sus cuestiones jurídicas, podría ser considerada, traducida al lenguaje actual, como una manifestación del inconsciente colectivo acuñado por Jung y teorizado en el campo de la historia por Flottes, un recurso que evita el examen de un fenómeno histórico concreto, pues «en tiempos y condiciones de civilización diversísimas, iguales causas producen iguales fenómenos jurídicos y sociales»¹²².

La ordalía puede incluso separarse de otros fenómenos paralelos, centrándola en el campo del derecho, al ser «todo procedimiento de cualquier género, con el que se cree poder inducir a seres sobrenaturales a manifestar en una manera dada sus decisiones sobre una cuestión productora de efectos jurídicos»¹²³, pero, a partir de este momento, se coloca, por así decirlo, por encima del tiempo y del espacio; en cualquier momento y en cualquier lugar el hombre puede recurrir a la ordalía, ya que este recurso es propio de su condición humana, de su naturaleza, no de su historia.

Esta tendencia a ver en la ordalía un fenómeno universal parece haberse consolidado en las investigaciones de los últimos años. La conclusión del trabajo de Nottarp, como indica Fehr, estriba en la afirmación de que la ordalía es un fenómeno universal, «cuando el hombre se encuentra ante la duda, de cómo debe separar y juzgar lo justo y lo injusto, acude a las fuerzas poderosas, que le deben mostrar el camino»¹²⁴. Incluso se puede mantener esta afirmación y ocuparse de las ordalías como de una parte de la historia de la humanidad, a pesar de que este planteamiento viene negado de hecho, al rechazarse la supuesta igualdad de la naturaleza humana, pues se admite que la etnología ha reconocido no la unifor-

121. PATETTA, *Le ordalie* cit. 22.

122. PATETTA, *Le ordalie* cit. 11.

123. PATETTA, *Le ordalie* cit. 2.

124. FEHR, *Rec.* cit. 463.

midad, sino la variedad inconcebible como característica de la humanidad, si acierta Rehfeldt en su crítica de Erler ¹²⁵.

Leitmaier, por su parte, al iniciar su estudio de las relaciones entre el juicio de Dios y la Iglesia afirma que los juicios de Dios no son un fenómeno típico del medioevo europeo cristiano, como creían la mayoría de los sabios hasta la mitad del siglo pasado; tampoco —añade— puede defenderse un origen indoeuropeo para los mismos; las ordalías se encuentran extendidas por toda la tierra y su origen se esconde en la lejanía más oscura; ni siquiera puede admitirse que las formas más conocidas, pese a su origen pagano, hayan sido creadas por el cristianismo, pues sólo dos o tres ordalías procederían de éste ¹²⁶.

No es otra, finalmente, la conclusión alcanzada por Lévy, quien en su síntesis general de la evolución de la prueba desde sus orígenes hasta nuestros días, procede a una valoración de las distintas aportaciones aparecidas en los volúmenes dedicados a la prueba en los Recueils J. Bodin: la ordalía, un tipo de prueba primitivo o religioso, lo han conocido o conocen todos los pueblos de la tierra ¹²⁷; en su vigencia histórica, añade Lévy, se dan diversas alternativas: la ordalía aparece en determinadas fases para desaparecer en otros momentos y volver a surgir de nuevo ¹²⁸; así ocurrió en Europa, donde el sistema de pruebas ordalíacas va desapareciendo durante el curso de la antigüedad: en los primeros tiempos históricos su papel es modesto en Egipto, en Babilonia y entre los hebreos; un poco más duradero en Grecia, donde los datos son abundantes; débil en Roma, donde los últimos vestigios, transmitidos por la leyenda, colocan la ordalía en el año 200 a. C.; durante los últimos siglos de la antigüedad se pierde hasta su recuerdo ¹²⁹, aunque vuelve a reinar en Europa con las invasiones ¹³⁰. Esta reaparición, para utilizar la palabra de Lévy, no se manifiesta como consecuencia de las invasiones; al menos Lévy no

125. REHFELDT, Rec. cit. 394.

126. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 7.

127. LÉVY, *L'évolution* cit. 11.

128. LÉVY, *L'évolution* cit. 9.

129. LÉVY, *L'évolution* cit. 25-26.

130. LÉVY, *L'évolution* cit. 26

subraya que esta reaparición sea consecuencia de que los antiguos germanos la conociesen ¹³¹.

Y esto ha podido ocurrir así, porque el empleo de la ordalía ha sido absolutamente universal, al constituir el fondo común de la humanidad ¹³², aunque los medios empleados para conocer la voluntad divina no son siempre los mismos en todas las partes, salvo algunos, así por ejemplo la prueba del hierro candente, que es casi universal, aunque no se menciona en la Biblia ¹³³.

A partir de estas nuevas afirmaciones se comprende mejor que el origen germano de las ordalías medievales no se presente ya con tanta claridad. Gaudemet renuncia a dilucidar el problema del origen de las ordalías en la Edad Media, dadas las dificultades de conocer las costumbres germanas antes de recibir la influencia romana y la penetración del cristianismo: las fuentes que tenemos son posteriores a ambos sucesos ¹³⁴. Y esta misma posición parece reflejarse en la contribución de Erler al diccionario de historia del derecho alemán; se limita a señalar que la ordalía no es ninguna especialidad del derecho medieval, pues se encuentra en todas las culturas y en todos los escalones culturales, posiblemente incluso allí donde el hombre no conoce todavía a un Dios omnipotente y justo ¹³⁵.

Con este planteamiento, sin embargo, la ordalía corre el mismo peligro que sufrieron otras instituciones: arrancadas del espacio concreto en que surgen y desvinculadas de la época en que nacen, pueden convertirse en modelo de interpretación, en una especie de tipo ideal webberiano. En esta transformación la ordalía pierde sus elementos más característicos, aquellos que la vinculan de forma inmediata y única a un espacio histórico concreto. Algo similar le ocurrió al feudalismo como consecuencia quizá no tanto de una interpretación del mismo en cuanto medio de producción, cuanto de su valoración como una institución universal, que apa-

131. LÉVY, *L'évolution* cit. 26, cf. p. 55, pero LÉVY, *Le problème* cit. 424, considera al sistema ordalíaco medieval derivación del germano.

132. LÉVY, *L'évolution* cit. 14.

133. LÉVY, *L'évolution* cit. 16.

134. GAUDEMET, *Les ordalies* cit. 102-103.

135. ERLER, *Gottesurteil* cit. 1769 ss.

rece en todos los tiempos y lugares ¹³⁶. Pero quizá la prueba más clara de los peligros que corre la investigación histórica de las instituciones, cuando se presta atención fundamentalmente a los rasgos externos, que acomunan, y no a las diferencias específicas, que separan, cuyo descubrimiento suele ser mucho más difícil, lo mostraría lo sucedido con la *devotio* ibérica, como consecuencia de su equiparación al *comitatus*. Puede ser incluso paradójico que esta tarea fuese «una necesidad dialéctica de Fustel de Coulanges, en su posición negativa frente a la hipótesis germánica, que encuentra el primer germen del feudalismo en el *comitatus*», deformando así sutilmente la forma del *comitatus* germánico, pero convirtiendo al mismo tiempo la relación de fidelidad en un fenómeno universal. Cuán equivocado sea la identificación entre *devotio* y *comitatus* lo ha mostrado de forma magistral hace ya algunos años Ramos y Loscertales ¹³⁷.

Se puede llegar fácilmente a la conclusión de que las diversas soluciones ideadas por el hombre a través de la historia para resolver los problemas de su vida diaria son muy pocas y prácticamente las mismas en todos los pueblos del mundo, si examinamos tales soluciones fuera del contexto histórico que las han provocado, ateniéndonos exclusivamente a sus características más externas. Esta labor de simplificación encuentra su culminación en la formación de un concepto lo suficientemente abstracto para que lo diga todo y al mismo tiempo no diga nada, pudiendo así acoger todas las soluciones ofrecidas a un mismo problema por la humanidad desde los tiempos más remotos hasta la época actual. No vamos a discutir aquí las ventajas que pueden obtenerse de tal método, pero sí señalar que con el mismo desaparece el problema histórico concreto: cómo y por qué una determinada comunidad ha adoptado una determinada solución a los problemas de su vivir diario.

Tal cosa ha ocurrido con la ordalía. Al afirmarse que la misma supone una intervención de la divinidad en la vida de los hombres,

136. Cf. desde posiciones diferentes F. L. GANSHOF, *El Feudalismo* (trad. por F. Formosa) (Barcelona 1963) 19 ss.; AA.VV. *El Feudalismo* (Madrid 1972).

137. José María RAMOS Y LOSCERTALES, *La «devotio» ibérica*, en *AHDE* 1. (1924) 7 ss.; la frase citada en el texto en p. 7.

puede prescindirse de cómo se concibe esa divinidad y las razones de su intervención, para centrarse en los medios a través de los cuales la voluntad divina se manifiesta, y proceder a la unificación de los distintos medios, a través de la supresión de los detalles diferenciadores, que aparecen como sin valor, así no se valora el número de objetos que deben colocarse en el recipiente de agua hirviendo, si son uno o tres guijarros, si es una piedra o un anillo, etc.; tampoco debe darse mayor importancia al hecho de si las piedras están o no atadas con una cuerda, como tampoco a que el recipiente se encuentre en el suelo o cuelgue de una cuerda; también es indiferente que se tenga que llevar un hierro candente, en la mano, hasta una distancia determinada o que se tenga que caminar sobre un número variable de rejas de arado al rojo. Dando un paso más en esta tarea de reducción y esencialización de los elementos, se puede llegar así a la conclusión de que no existe diferencia alguna entre caminar sobre objetos de hierro al rojo o llevarlos en la mano y extraer un objeto del agua hirviendo, porque por encima de las diferencias hay algo que les acomuna, el elemento a través del cual la divinidad manifiesta su voluntad: el fuego, que a demás refleja uno de los cuatro elementos de los filósofos griegos antiguos, mientras el agua, que aparece en otras ordalías, sería el segundo de los elementos, por encima de las variedades que pueden presentar su empleo.

Con este procedimiento se logra reducir los diversos tipos de ordalía a un número muy limitado: agua, fuego, duelo, con algún que otro atípico, que puede quedar en segundo término, desde el momento en que los citados en primer lugar son los fundamentales, aquellos que se dan en todos los lugares y en todos los tiempos, y aunque los modernos resultados puedan hacer dudar de estas afirmaciones, puesto que quizá sólo puede predicarse la mencionada universalidad de la ordalía del hierro¹³⁸, ello no afecta en demasía al planteamiento adoptado, pues la forma de realizarse la ordalía, incluso en sus características más generales, pierde toda importancia, al consolidarse la convicción de que, en definitiva, la ordalía reposa en esa creencia general en la intervención de la divinidad en la vida de los hombres con el fin de que sean resueltos sus

138. LÉVY, *L'evolution* cit. 16.

problemas jurídicos. Se llega así a la definición de Patetta, ya recogida, que manifiesta únicamente el esfuerzo del científico para acoger bajo un mismo concepto fenómenos que, por semejantes que sean presentan sus propias peculiaridades¹³⁹, acomunándose así la intervención de un Dios omnisapiente y justiciero con la intervención de los espíritus de la naturaleza o de los demonios, que pueden por arte de magia ser sometidos a la voluntad de los hombres.

Al centrarse la atención en lo que se considera esencial a la ordalía, ésta aparece como una institución que, para entendernos, podríamos definir no histórica, sino natural; algo que existe siempre entre los hombres y aunque en las épocas iluminadas tienda a desaparecer, todavía puede conservarse su recuerdo en frases hechas¹⁴⁰, lo cual vendría a probar su gran arraigo en la conciencia y en las costumbres de los pueblos.

Planteadas así las cosas, poca importancia tiene el esfuerzo dirigido a examinar la aparición de las ordalías en el mundo medieval europeo, pero al mismo tiempo se justifica plenamente el reproche de García-Gallo a los germanistas y su invocación del duelo celebrado ante Escipión por dos príncipes hispano, a fin de dilucidar el acceso al trono¹⁴¹. Si las instituciones se examinan desde fuera y prescindimos, en atención a lo que se considera esencial, de todas las diferencias, entonces tanto da ver el antecedente del duelo del conde Bera en el duelo al que alude Tácito, que en el duelo realizado por los dos príncipes peninsulares mencionados.

No pretendemos identificar el planteamiento sociológico apuntado con la posición de los germanistas, pero éstos, en la práctica, llegan a los mismos resultados en un ámbito más reducido, al reducir las ordalías en la época del derecho germano común a sus elementos esenciales, válidos igualmente en cualquier tiempo y lugar. De aquí que la afirmación: «pudieron batirse algunos caudillos españoles delante de Escipión en el siglo III antes de Cristo, pero mientras nada autoriza a vincular con tal combate

139. Vid. supra n. 123.

140. Cf. PATETTA, *Le ordalie* cit. 34.

141. ALFONSO GARCÍA GALLQ, *El carácter germánico de la épica y del derecho en la Edad Media Española*, en *AHDE* 25 (1955) 635-636.

el duelo judicial de los cristianos españoles durante los primeros siglos de la Reconquista, existe un testimonio preciso de la estirpe gótica de éste»¹⁴², tiene menos fuerza de lo que parece.

Como hemos indicado, y volveremos sobre ello, es dudoso que los testimonios francos referentes al conde Bera manifiesten la existencia de un duelo judicial, es decir una ordalía, entre los visigodos; lo único que puede afirmarse es que los visigodos combatían a caballo, pero ni todo combate es duelo judicial ni todo duelo judicial es ordalía.

Hemos ya visto que el carácter germánico del duelo medieval se predica en base a una presunta utilización del mismo, como ordalía, entre los germanos, pero también hemos destacado que desde los planteamientos de Brunner esta demostración no se alcanza.

Si nos limitamos a los visigodos, es archiconocida la demostración del origen germánico del duelo y de su empleo por los visigodos, pese al silencio de sus leyes. El duelo del conde Bera prueba que los visigodos conocían el duelo judicial, en tanto ordalía; si las leyes visigodas no regulaban el duelo judicial ello se debe a su romanismo y a la política regia, pero consuetudinariamente se siguió empleando, a pesar del silencio de las fuentes; esta utilización del duelo vendría confirmada por la existencia del duelo como ordalía entre las otras ramas germánicas durante la Edad Media. Precisamente este conocimiento generalizado del duelo por los pueblos germánicos sirve de apoyo a la afirmación del empleo del duelo en la época germana, pese a la ausencia de fuentes coetáneas. De aquí a afirmar que el duelo es una institución típicamente germana, o en todo caso una institución indogermana, no hay más que un paso.

A todo ello puede objetarse sencillamente: todas estas afirmaciones son lógicas y aceptables, pero, y tomamos en préstamo la terminología de los diplomatas, estaríamos en todo caso ante afirmaciones verdaderas, pero no auténticas. Las cosas pudieron suceder así, pero a falta de pruebas que lo demuestre, también pudieron suceder de otra manera.

Sobre la pervivencia de una presunta costumbre germánica goda ya hemos hablado en otras ocasiones¹⁴³ y volveremos dentro

142. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Tradición* cit. 120.

de poco. Ahora bien, si la regulación del duelo en las leyes de los bárbaros se considera razón suficiente para afirmar el conocimiento del mismo, y de otras ordalías, por parte de los germanos desde los tiempos más antiguos hasta el siglo VI, con el solo apoyo de la discutible afirmación tacitiana, que en todo caso alude a un duelo, pero no judicial u ordalía, ¿por qué tiene que parecer absurdo que durante siglos se haya podido mantener una institución peninsular, concretamente desde el siglo III a. C., en que aparece testimoniado un duelo entre los príncipes indígenas hasta su renacimiento en el siglo XI?, «porque —dice Sánchez Albornoz— venganzas familiares, juramentos procesales y duelos nobiliarios ha habido, naturalmente, en todos los pueblos, pero no han revestido en ellos —y debo añadir, no han revestido entre los hispanos antes y después de la conquista romana las siluetas tecnicojurídicas que en el derecho germánico y en el derecho español del medioevo»¹⁴⁴.

La razón nos parece plenamente convincente, pero es necesario ver si realmente puede hablarse de unos trazos tecnicojurídicos perfectamente delimitados en el derecho germano, que permitan vincular el derecho medieval al mismo.

8. Para tratar de vincular las ordalías medievales hispánicas a una tradición germana es necesario comprobar si los trazos tecnicojurídicos de aquellas, a los que alude Sánchez Albornoz, reflejan los propios de las ordalías germanas, no como aparecen en los derechos germánicos, tal como se configuran en las llamadas *leges barbarorum*, sino como aparecen constituidas en el antiguo derecho germano originario, anterior a las emigraciones, pues, en otro caso, no hay razón alguna para desechar la posibilidad de que las ordalías, tal como se conocen en la Edad Media, sean hijas de la época o que, al menos, su introducción sea entre los visigodos, sea en la península, tras la desaparición del reino visigodo, sea resultado de una influencia exterior. El hecho de que las ordalías aparezcan entre los pueblos germánicos en la Edad Media no es razón suficiente para afirmar el origen germano de las ordalías si —y prescindimos ahora de las connotaciones negativas para la investiga-

143. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio*, en *IHD* 4 (1979) 115 ss.

144. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Tradición* cit. 119.

ción histórica resultantes de esta afirmación— la ordalía es un fenómeno común a toda la humanidad.

Al recordar la afirmación mencionada, sólo queremos señalar la posibilidad de que la creencia ordalíaca pueda aparecer en cualquier parte y momento, por lo que es necesario subrayar que cada sociedad crea su propio derecho, que es una proyección de su propia configuración. Sin embargo, ningún pueblo nace fuera de la historia. Todo pueblo tiene un pasado con el que construye su futuro desde su presente, es decir, el derecho de un pueblo, en un momento histórico concreto, es siempre una síntesis de pasado y presente; al lado de soluciones antiguas modificadas para adecuarlas a los nuevos tiempos, pueden encontrarse igualmente soluciones nuevas, explicables, si se quiere, dentro del pasado cultural de un pueblo, pero que no encuentran en el mismo un antecedente concreto.

Ante una determinada institución siempre cabe plantearse la pregunta de si es el resultado de la modificación de una institución pasada o si realmente estamos ante una novedad radical, aunque en su configuración puedan utilizarse elementos del pasado. La respuesta no es fácil, y para el historiador tiene que estar siempre vinculada a la existencia de testimonios del pasado. Tales testimonios tienen que permitir al historiador probar sus afirmaciones. La prueba histórica, como decía Collingwood, es todo aquello que permite al historiador dar una respuesta a sus preguntas en torno al pasado humano. En este sentido, cuanto se ha dicho en torno a las ordalías en el derecho germano originario no tiene otro valor que el de simple hipótesis, como el mismo Patetta reconoce parcialmente, aunque le parezca que la misma «sea apoyada por los principios racionales de la evolución jurídica, y no contradicha por las fuentes»¹⁴⁵.

Esta situación se deriva, como hemos indicado, de la falta para la época germana de toda noticia contemporánea, pero en el cambio del siglo este vacío aparecía mitigado por la fe en la existencia de unos principios racionales que rigen la evolución jurídica, evolución jurídica que puede ser trazada, como dice Brunner, por medio de la comparación crítica de las instituciones procesales, tal como

145. PATETTA, *Le ordalie* cit. 244.

aparecen en las fuentes más modernas, la cual permite conjeturar bases ciertas, comunes desde antiguo a las diferentes ramas alemanas ¹⁴⁶.

Hasta qué punto son seguras dichas bases creemos haberlo puesto de relieve a partir del mismo planteamiento brunneriano. De aquí que resulte enormemente instructivo ver si la afirmación de Sánchez Albornoz encuentra un reflejo en la realidad histórica, para lo cual puede ser un primer paso confrontar esta seguridad albornociana con las afirmaciones de Brunner, a las que en último término se remite.

Es sintomático que Brunner renuncie a trazar las líneas generales del sistema ordalíaco en el proceso germano, dadas las diferencias que, en su empleo, presentan los distintos derechos germánicos ¹⁴⁷. Sin poner en duda que se puede trazar hasta sus más mínimos detalles la configuración del régimen ordalíaco en los distintos derechos germánicos, es necesario recalcar que esto no es posible hacerlo para el derecho germano originario, como implícitamente reconoce el mismo Brunner y, de forma todavía más clara, manifiesta, al ocuparse de las ordalías en los distintos derechos germánicos en la época franca.

El estudio brunneriano de las ordalías en la época franca no se basa de forma exclusiva sobre las fuentes coetáneas, pues utiliza testimonios posteriores, sometidos a la crítica correspondiente ¹⁴⁸.

La variedad en el tratamiento de la prueba ordalíaca viene explicada por Brunner a partir de la influencia de la iglesia, de la regulación de la prueba de los siervos (Knechte) y de la distinta relación que se establece entre las distintas ordalías y el duelo ¹⁴⁹. Esta variedad resalta claramente en la síntesis realizada en las páginas de la exposición brunneriana. Una lectura de estas páginas muestra inmediatamente la distinta extensión de las diferentes pruebas ordalíacas entre las diversas ramas germánicas; no todos los pueblos germánicos conocen las mismas ordalías y, cuando coincide más de un pueblo en el conocimiento de un mismo tipo de ordalías, su empleo presenta diferencias.

146. BRUNNER *DRG* I 252.

147. BRUNNER *DRG* I 262.

148. BRUNNER *DRG* II 538.

149. BRUNNER *DRG* II 539.

Brunner distingue tres grupos de derechos germanos. La legislación visigoda desconoce toda ordalía, aunque aparece en una ley muy probablemente de Egica la ordalía del agua hirviente, que se testimonia de forma sorprendente en las fuentes más modernas (=medievales); a un origen visigodo debe vincularse igualmente el duelo a caballo, donde participa el conde Bera. Un segundo grupo de derechos carece de las ordalías unilaterales o por completo o en aquellos casos en los que las muestran otros derechos. La *lex Burgundionum* conoce únicamente como ordalía el duelo, que es igualmente el único juicio de Dios autónomo que conoce la *lex Baiwariorum*. Contra los siervos ambos derechos utilizan el tormento. Las *Leges Alammanorum* mencionan únicamente, entre los libres, el duelo, de la misma manera que el *Edictum Langobardorum*. Finalmente, los demás derechos alemanes conocen al lado del duelo, ordalías unilaterales, con un empleo autónomo, o como sucedáneo del duelo o en el procedimiento contra los siervos ¹⁵⁰.

Brunner, tras mencionar diversos derechos germánicos, entre ellos algunos no alemanes, así el visigodo, parece reducir su exposición a los derechos germánicos alemanes.

¿Es posible reconducir toda esta variedad a una unidad común germana? Algunas veces Brunner alude al origen germano de algún elemento del sistema probatorio ordalíaco, así cuando señala que las partes deciden que prueba elegir: juramento u ordalía del agua hirviente, tal como aparece en la *Lex Salica* ¹⁵¹, repitiendo lo que de forma más clara había establecido en el volumen primero ¹⁵²; señala igualmente que, frente al duelo combatido con espada por los francos ribuarios, los alamanes y las restantes ramas, el duelo combatido con escudo y bastón de lucha, testimoniado para los francos salios desde la época carolingia, refleja la forma propia y antigua, que muestra que no se trata de una nueva creación, sino del florecimiento de una institución largamente reprimida ¹⁵³. Bajo el reinado de Ludovico Pío se introduce, por influencia visigoda, el

150. BRUNNER *DRG* II 542-543.

151. BRUNNER *DRG* II 546.

152. BRUNNER *DRG* I 256.

153. BRUNNER *DRG* 556-557.

duelo a caballo y con las armas de los caballeros, aunque esta práctica quedó limitada a la nobleza ¹⁵⁴.

No vamos a oponer a esta explicación la propuesta por Gal ¹⁵⁵, pero sí vamos a señalar que la comparación crítica, propugnada por Brunner, parece haber quedado en mal lugar; tampoco se explica la aparición de diferencias en la forma de realizarse el duelo presuntamente germano antiguo, pero, como hemos indicado ya, esta tarea no entra dentro de los fines perseguidos por Brunner.

Si el modo antiguo de realizar el duelo es el utilizado por los francos salios, debe entenderse que entre los germanos el duelo se realizaba igualmente con escudo y bastón ¹⁵⁶, lo que estaría de acuerdo con las prácticas bélicas de un pueblo que todavía en la época de César y Tácito se caracteriza por un armamento donde solía brillar por su ausencia el metal —así en el siglo I d. C. el guerrero germánico, infante o jinete, tenía a su disposición una lanza, afilada y templada por el fuego, al máximo dotada de una punta corta, mientras algunos infantes disponían de diversas javalinas y, sólo los más dotados, de espada ¹⁵⁷—, pero chocaría con la utilización de la espada en el duelo por parte de los francos ribuarios, alamanes y demás ramas ¹⁵⁸. Hemos ya visto que no es posible demostrar que entre los germanos haya sido utilizado originariamente el duelo como ordalía; la distinta manera de realizarse el duelo entre los distintos pueblos y, sobre todo, el empleo de espada en el duelo parece apuntar a una aparición tardía del duelo entre los pueblos germánicos, tras su asentamiento en el imperio romano. A esta misma solución conduciría el duelo a caballo, que se considera introducido entre los francos, en la época de Ludovico Pío, por influencia visigoda, si una de las transformaciones sufridas por el *comitatus* germano entre la época de César y la de Tácito se centra

154. BRUNNER *DRG* II 558, 542.

155. Vid. *infra* p. 195.

156. BRUNNER *DRG* II 556 n. 98, apoyándose en Schröder, pero sin que pueda decirse que tal apoyo es convincente—vid. Richard SCHRÖDER-Eberhard Frh. v. KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* (Siebente Auflage) (Berlin und Leipzig 1932) 397 y n. 47. Brunner se reenvía a la 6 edición, p. 397 n. 43.

157. THOMPSON, *Una cultura* cit. 117-118.

158. BRUNNER *DRG* II 556-557.

en su configuración como una especie de nobleza tribal: los *comites* son normalmente los hijos de los nobles y combaten preferentemente a caballo ¹⁵⁹; la caballería se identificaba, en general, con la nobleza ¹⁶⁰ y también la nobleza visigoda combatía ya a caballo en la batalla de Adrianópolis, en el siglo IV, aunque la mayor parte del pueblo seguía combatiendo a pie, como ocurría con la mayoría de los pueblos germánicos antes del siglo V o VI d. C. ¹⁶¹.

Si las cosas hubiesen ocurrido así, el duelo habría nacido entre los pueblos germánicos, pero una vez rota la unidad antigua del pueblo germano; no sería así una institución germana, sino una institución nacida al calor de una época determinada, tras el asentamiento en el imperio romano de los pueblos germánicos —dejemos indeterminada la época— entre estos pueblos; se presentaría así el problema de su origen y de sus posibles y recíprocas influencias.

Mantener que la antigua forma de realizar el duelo entre los germanos es a pie y con el bastón de lucha chocaría, por otro lado, con el testimonio de Tácito, cuando alude al duelo que suele realizarse entre un germano y un miembro del pueblo enemigo, para conocer la suerte futura de la guerra. El combate se realiza con las armas de cada uno de los combatientes (Tac. G. 10), pero en estos momentos, en la época de Tácito, las armas del infante germano no se reducían a un escudo y a un bastón ¹⁶². Es cierto que Tácito no alude a un duelo judicial, pero no olvidemos que Brunner lo invoca para defender la existencia del duelo entre los germanos: en buena lógica, debería servir igualmente para demostrar cómo combatían el duelo los germanos.

Señalar, como hace Brunner, que la forma de realizarse el duelo entre los francos salios manifiesta que su aparición en las fuentes no es una novedad, sino el renacer de una institución largamente reprimida ¹⁶³, no es más que una simple petición de principio, si, como el mismo Brunner reconoce ¹⁶⁴, el duelo aparece testimo-

159. THOMPSON, *Una cultura* cit. 53 ss., en especial 62 ss.

160. THOMPSON, *Una cultura* cit. 123.

161. THOMPSON, *Una cultura* cit. 123 ss.

162. Vid. supra n. 157.

163. BRUNNER *DRG* II 556.

164. BRUNNER *DRG* II 556; 558 n. 105.

niado entre los francos salios desde el siglo VI, aunque en la época merovingia se realizaba con arma blanca ¹⁶⁵.

¿Por qué el duelo con escudo y bastón está reprimido y, sin embargo, se permite el duelo con lanza? ¿El duelo con escudo y bastón fue también reprimido entre los otros pueblos germánicos? ¿Cómo logró imponerse en la casi totalidad de los pueblos germánicos el duelo con espada?

Todas estas interrogaciones, que no preocupan a Brunner, interesado en descubrir un derecho germano originario, levantan muchas dudas. También entre los peninsulares se conoció el duelo a caballo, que en Castilla y León, formando parte del proceso de riego por traición y aleva, se reservó a los hidalgos, pero este duelo no constituía una ordalía ¹⁶⁶. Mientras entre los francos el duelo a caballo se reservó a la nobleza y a los caballeros ¹⁶⁷, en la península el duelo entre villanos podía realizarse a pie o a caballo, sin que existiese diferencia en el armamento, salvo que en el duelo a pie, los contendientes estaban dotados únicamente de una espada, y no de dos, como en el duelo a caballo ¹⁶⁸.

Tampoco fue desconocido el duelo con escudo y bastón en la península, pero en León parece que puede ser empleado también por los infanzones, mientras en Cataluña, en los tiempos antiguos, el único duelo conocido es el realizado con escudo y bastón, a pie o a caballo, utilizado por la nobleza y por los burgueses, aunque aquellos lo hacen a caballo y éstos a pie ¹⁶⁹. Recordemos, sin embargo, que, según Salvioli, los libres combatían el duelo con la espada, mientras los siervos lo hacían con el bastón ¹⁷⁰.

¿Cómo llegó el duelo con bastones a la península? La costumbre

165. Vid. GAL, *Der Zweikampf* cit. 243 ss., pero téngase en cuenta BRUNNER. *DRG* II 558 n. 105.

166. ALFONSO OTERO VARELA, *El Riego en el derecho castellano-leonés*, en *Dos estudios histórico-jurídicos* (Roma-Madrid 1955) 9 ss.

167. BRUNNER *DRG* II 558.

168. ALFONSO OTERO VARELA, *El Riego en los fueros municipales*, en *AHDE* 29 (1959) 153 ss.

169. Vid. *infra* p. 117 ss.; 177 ss.

170. GIUSEPPE SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, en *Storia del Diritto italiano*, pubblicata sotto la direzione di Pasquale del GIUDICE III 1 (Milano 1925) 292.

de combatir con bastón y escudo fue extendida por los capitulares carolingios a los francos ribuarios y a los longobardos, intentando establecerla como forma jurídica del imperio. Posteriormente se encontrará en los derechos hermanos del derecho franco ¹⁷¹. ¿Llegó de la misma manera a la península? ¿Y si llegó por influencia franca, no pudo llegar con otras ordalías?

Dudas semejantes pueden levantarse en torno a otras afirmaciones. Al exponer los distintos tipos de ordalía, Brunner menciona algunos tipos secundarios, derivados de los principales, por lo que debe entenderse que han surgido en un momento posterior a la época germana común; la ordalía del caldero colgante no es otra cosa que una variedad de la ordalía del agua hirviente ¹⁷², como la ordalía del pan colgante es una variante de la ordalía del pan y queso ¹⁷³. Otro tanto podríamos decir —por otras razones— de la ordalía llamada por Brunner «*der Rasengang*», al ser una ordalía propia de los germanos del norte ¹⁷⁴ o del duelo combatido no por las partes, sino por sus representantes ¹⁷⁵, aunque sea conocido desde antiguo entre algunos pueblos. Esta conclusión no parece lícita, sin embargo, cuando Brunner alude a dos formas distintas de la ordalía del hierro candente, o consistente, en el supuesto normal, en llevarle a una cierta distancia en la mano, o consistente en caminar sobre nueve rejas al rojo ¹⁷⁶. ¿Cuál era la forma propia del derecho germano? ¿Eran ambas pruebas conocidas por los germanos antes de su división en pueblos diferentes? ¿Por qué se reparte su empleo entre los distintos pueblos?

Se guarda silencio sobre el momento en que surge la posibilidad de que el duelo pueda ser combatido entre representantes, tal como ocurre entre los longobardos y otros pueblos ¹⁷⁷, pero tampoco se explica por qué se guarda silencio en la época franca sobre

171. BRUNNER *DRG* II 557.

172. BRUNNER *DRG* II 549.

173. BRUNNER *DRG* II 553.

174. BRUNNER *DRG* I 265.

175. BRUNNER *DRG* I 264.

176. BRUNNER *DRG* II 550.

177. BRUNNER *DRG* II 540-541; 582-583; aunque desde antiguo era conocida por algunos derechos —BRUNNER *DRG* I 264—.

esta posibilidad, cuando durante la época merovingia se autorizaba esta práctica ¹⁷⁸.

En la ordalía del agua fría es el probante o su representante quien tiene que realizarla ¹⁷⁹, pero en el derecho catalán son dos recién bautizados —o dos niños muertos— ¹⁸⁰ representando a cada una de las partes, quienes tienen que realizar la prueba; la ordalía deja de ser unilateral, para convertirse en bilateral. Tampoco la forma de realizarse esta prueba presenta las mismas características en todos los pueblos ¹⁸¹.

Brunner considera propio de la época visigoda que la ordalía del agua hirviente se realice por *pueri*, con intervención de tres piedras —esta práctica, sin embargo, no es testimoniada de forma unánime por las fuentes peninsulares—, mientras los derechos germánicos hablan de una intervención del probante, que tiene que extraer una piedra o un anillo ¹⁸². Y se podría continuar elencando diferencias.

Brunner, indudablemente, no tiene por qué explicar estas diferencias, ya que tras delinear un proceso germano, caracterizado por un trámite probatorio basado en el juramento y las ordalías, deja en suspenso la forma en que éstas se realizan, al remitirse, precisamente a causa de su diversidad, a la época franca. El carácter germano de la ordalía queda demostrado por el empleo de la misma entre los pueblos germanos, y esto es lo que fundamentalmente quería demostrar Brunner.

De forma consciente o inconsciente Brunner ha utilizado el método inductivo, pero, tal como se hace en las ciencias naturales, llevado a sus últimas consecuencias, es decir, mediante la inducción incompleta: tras constatar que en uno o más pueblos germánicos aparecía un tipo determinado de ordalía, consideró que aquel tipo debía remontarse a la época germana. Sentada así la ley general, podía afirmar que la misma tenía que cumplirse en todos los casos, pues se trataba de una ley científica. Y esta tendencia

178. Cf. GÀL, *Der Zweikampf* cit. 243 s.

179. BRUNNER *DRG* II 551; 582.

180. Vid. infra p. 112 ss. y 172 ss.

181. Vid. infra p. 112 ss. y 172 ss.

182. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52; II 545.

ha sido exagerada al máximo por sus seguidores, dando por confirmado lo que no era más que simple hipótesis.

Si el camino ascendente, con todos los cuidados posibles y sin olvidar el carácter hipotético de los resultados adquiridos, todavía puede ser defendido, no es posible ya admitir el camino descendente: de la existencia de una institución en la época germana, no puede concluirse que la misma tenga que existir necesariamente en época posterior en todos los pueblos germánicos.

Es posible que *L. Salica* 53 pueda conservar la característica esencial del proceso germano en el trámite probatorio, consistente en el establecimiento de un régimen de pruebas contractualmente acordado por las partes, pero no puede defenderse la existencia de este principio en un proceso consuetudinario visigodo, que no conocemos. Del planteamiento mismo ofrecido por Brunner hemos podido ver, en el campo restringido de las ordalías, que éstas no habían sido conservadas, en su hipotetizado número originario, por todos los pueblos germánicos; cada uno de ellos había llevado a cabo una selección más o menos extensa, de las mismas, introduciendo modificaciones de su empleo, difícil de valorar; incluso pudieron llegar a perder este hipotetizado régimen ordalíaco, tal es el caso de los anglosajones, por reconocimiento expreso de Brunner, que debieron perder sus prácticas ordalíacas, cuando sólo las volvieron a poner en uso, en época posterior, por influencia franca o normanda.

Otros pueblos presentan características especiales en el empleo de las ordalías, tal como afirma Brunner de los visigodos en diversas ocasiones¹⁸³. Todo ello está poniendo de manifiesto, que el carácter germano de determinadas instituciones en los diferentes pueblos germánicos es algo que no puede afirmarse sin más, en el sentido de que se pueda decir que su empleo y conocimiento se debe al mantenimiento de la mencionada institución, desde los tiempos más antiguos. Esto ha podido ocurrir así, pero también ha podido ocurrir que, en el transcurso de su historia, muchos de estos pueblos germánicos hayan perdido algunas —pocas o muchas— de sus instituciones, volviendo a recuperarlas, si así se quiere, en esa época tardía, quizá por influencia de otros pueblos germánicos.

183. BRUNNER *DRG* II 542; 545 n. 34; 549.

que habían logrado conservarlas, quizá por influencia de pueblos que, con tradición diferente, tenían, sin embargo, instituciones semejantes, quizá por haberlas acuñado de nuevo para dar respuesta a problemas semejantes. Si los visigodos perdieron en el transcurso de su historia la institución de la monarquía, para recuperarla más tarde, con características nuevas, que reflejaban la práctica imperial romana¹⁸⁴, no hay ninguna razón para que no hayan perdido igualmente otras instituciones.

Decir, como hace Brunner, que entre los visigodos permanecieron en uso extrajudicialmente, a pesar de la legislación visigoda, la ordalía del agua hirviente y el duelo, pues sólo así se explicaría su sorprendente aparición posterior, que no puede explicarse por un préstamo exterior¹⁸⁵, no es más que un recurso extremo para superar unos datos que contradicen su planteamiento general. Prescindiendo de la dificultad de configurar un duelo como ordalía, fuera de un proceso, sin tener que identificarlo con un proceso en sí, resultado de una enemistad regulada, baste apuntar aquí que la sorprendente reaparición de la ordalía del agua hirviente y el duelo en la época postgótica no lo es tanto por su reaparición en sí, cuanto por la época en que reaparecen, habiendo transcurridos ya en algunos casos siglos desde la desaparición del reino visigodo¹⁸⁶. No hubo, en realidad, reaparición, sino aparición.

La permanencia del duelo entre los visigodos se fundamenta en el duelo del conde Bera, pero no se toma en consideración ni el hecho de que el mismo no refleja ya una institución originariamente germana ni que la utilización del duelo en la península, tras la caída del reino visigodo, no aparece testimoniada hasta el siglo XI. Es en definitiva el origen germánico del pueblo visigodo el que determina la afirmación de la permanencia del duelo entre los visigodos, pese a la legislación regia, pero si un suceso ocurrido en el 820 sirve para testimoniar la situación jurídica de un pueblo en una época anterior al 711, no acabamos de comprender por qué Brunner no afirma igualmente que entre los visigodos permaneció

184. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *Notas en torno a la sucesión al trono en el reino visigodo*, en *AHDE* 40 (1970) 656 ss.

185. BRUNNER *DRG* II 544.

186. Vid. *infra* p. 115 ss.

en uso la ordalía del agua fría, testimoniada en 1037 en Cataluña, y la ordalía del hierro candente, practicada igualmente en el medioevo hispánico.

Y no se comprende, porque para poder afirmar el origen germano de las ordalías medievales hispánicas es necesario admitir que las mismas fueron importadas por los visigodos y que, por tanto fueron practicadas durante la monarquía visigoda. El silencio en torno al empleo extrajudicial de la ordalía del agua fría y de la ordalía del hierro candente, lleva a pensar que su empleo en la época medieval es el resultado o de una construcción propia de dicha época peninsular o de una importancia de las mismas desde el exterior; pero una vez hechas estas afirmaciones, ¿por qué no es posible pensar que todo el régimen ordalíaco medieval es un fenómeno exclusivo de la Edad Media peninsular, desconocido en el mundo visigodo, dada la debilidad, como veremos, de las pruebas aducidas para vincularlo al mismo?

Estas afirmaciones afectan exclusivamente a Brunner, pues Hinojosa extendía también a la prueba del hierro candente la afirmación de su empleo extrajudicial en el mundo visigodo; la ordalía del agua fría puede quedar abandonada a una posible influencia franca, pese a que la forma de realizarse es propia y característica de Cataluña, al menos en el documento que testimonia su empleo. Si añadimos a esta ordalía la aparición en el siglo XII —según los autores que se han ocupado de la misma— de una ordalía propia del derecho navarro, la ordalía de las candelas, y ponemos todo ello en relación con el hecho de que la ordalía del hierro candente sólo aparece testimoniada en el siglo XI, a finales del mismo, puede de nuevo hacerse la misma pregunta: ¿es tan evidente el origen visigodo del sistema probatorio ordalíaco?, ¿las pruebas del empleo de la ordalía del agua hirviente y del duelo entre los visigodos son tan claras que conduzcan a afirmar el conocimiento por los visigodos de las ordalías?

El empleo del duelo entre los visigodos no aparece testimoniado durante la monarquía goda; de aquí la importancia concedida al proceso del conde Bera. Baste por el momento esta afirmación.

La existencia de la ordalía del agua hirviente entre los visigodos tiene a su favor una ley —*Liber* 6,1,3—, que Brunner atribuye a

Egica, lo que permite explicar mejor que aparezca testimoniada en la época medieval en la península, aunque sea con características propias en su empleo¹⁸⁷. Sobre el origen de esta ley volveremos más adelante, pero si Brunner considera posible argumentar, a partir de la vinculación de esta ley con una prescripción medieval incorporada al *Liber*, en la que se regula la forma de realizarse la ordalía del agua hirviente, que el empleo de esta ordalía entre los visigodos es independiente de una influencia franca¹⁸⁸, ofreciendo al menos una explicación para rechazar la existencia de un préstamo, aunque para ello haya tenido que presuponer que la ordalía entre los visigodos se llevaba a cabo de acuerdo con el sistema establecido en el aditamento mencionado, publicado por Zeumer, también podríamos decir que las distintas formas de realizarse la prueba del agua hirviente en el medioevo peninsular¹⁸⁹ no permiten hablar de una importación exterior; ¿cuál es entonces la forma en que los visigodos realizaron la ordalía del agua hirviente?, ¿existía ya una diversidad de formas en la realización de la ordalía en la época visigoda?, ¿por qué, pese a estas diferencias, se dice que la práctica de la ordalía del agua hirviente entre los visigodos refleja la tradición germana, al excluirse un préstamo exterior? En realidad, lo que interesa es el testimonio de que los visigodos utilizaban la ordalía del agua hirviente; pero si esto es el elemento esencial y si tomamos en consideración que las diferencias en la forma de realizarse no tienen mayor importancia, sino que son el resultado de las costumbres locales medievales, a las que alude Sánchez Albornoz, resulta arbitrario decir, como hace Brunner, que en la época visigoda la ordalía del agua hirviente se realizaba mediante la introducción de tres piedras en la caldera; pero entonces no hay ya ninguna razón para afirmar que esta ley —*Liber* 6,1,3—, aun incluso en el caso de considerarla visigoda, no haya podido introducir en la península una institución utilizada entre los

187. BRUNNER *DRG* II 542.

188. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52.

189. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad de la España cristiana hace mil años. Estampas de la vida en León* (Sexta edición) (Madrid 1976) 135 n. 115. Cf. sin embargo infra p. 175 s.

francos desde el siglo sexto, al proceder de los últimos años de la monarquía visigoda ¹⁹⁰.

Todos estos interrogantes tienen una fácil explicación: todo lo que se sabe en torno a las ordalías en la época germana procede de la época medieval, presentando los diversos pueblos características propias en su regulación. Todo intento de hacer remontar a la época germana originaria una regulación generalizada de las ordalías, lleva inevitablemente consigo la necesidad de hipotetizar la existencia de las mismas, con características semejantes, en todos los pueblos, pese a que los datos históricos puedan contradecir estas afirmaciones y al mismo tiempo obliga a pasar por alto las diferencias existentes en la regulación y empleo de las ordalías entre los distintos pueblos o atribuir las mismas con carácter general a aquellas causas ya apuntadas.

Si nos atenemos a los resultados alcanzados, la única afirmación un tanto segura y, sin embargo, hipotética, sería que el derecho germano originario conoció el sistema ordalíaco, si la ordalía, en cuanto creencia en la participación de la divinidad en la solución de las cuestiones jurídicas de los hombres, es una institución común a todos los pueblos. Esta conclusión no es de gran ayuda, pero creemos que sirve para centrar mejor el problema de las ordalías en el mundo medieval. Si la ordalía, de la forma general que hemos indicado, puede aparecer entre todos los pueblos, entonces es necesario no contentarse con semejanzas más o menos externas, sino

190. BRUNNER *DRG* I 263 n. 52, señala igualmente que la intervención de un representante no es franca; aparte de que esta afirmación tendría valor, si el aditamento publicado por Zcumer reflejase fielmente la forma empleada en la práctica de la ordalía del agua hirviente en la época visigoda, pues en caso contrario contra la misma valdrían los argumentos expresados en el texto, debe señalarse de nuevo que queda sin explicar esta otra especialidad visigoda; como en tantas otras ocasiones, en la obra de Brunner existe una proclividad a identificar lo franco con lo alemán y esto con lo germano. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda* (= en *Settimane di Spoleto* IX [Spoleto 1962] 128-199; 221-232 [discusión]), en *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas* II (Segunda edición ampliada) (Madrid 1976) 1048, rechaza esta posibilidad dada la hostilidad entre francos y visigodos; es posible que tenga razón, pero no parece que la hostilidad entre dos pueblos pueda impedir recíprocos influjos.

que es necesario tratar de profundizar en las características que presenta la misma; dicho con otras palabras, desde un punto de vista histórico existe una diferencia grande entre la ordalía que puede tener como soporte la creencia en una religión animística y la ordalía que encuentra su fundamento en el Dios de la religión cristiana.

Este planteamiento, en realidad, no hace otra cosa que centrar el problema histórico de la ordalía peninsular en la Edad Media en aquellos elementos que para Brunner han determinado las diferencias en la regulación de la ordalía entre los distintos pueblos. Los datos históricos nos permiten afirmar con seguridad sólo una cosa: la aparición de las ordalías en la Edad Media europea, sin que existan argumentos suficientes para decantarse por un origen germano de las mismas.

9.º Al considerarse la ordalía como un fenómeno universal, se explica fácilmente que se acuñen conceptos de la misma lo suficientemente amplios para acoger todos los fenómenos ordalíacos. Las consecuencias de un tal planteamiento son que de forma paulatina se incluyan en un mismo cestón una serie de fenómenos, indudablemente emparentados, pero que tienen poco que ver con la ordalía medieval.

Para tratar así de delimitar el campo de la ordalía, quizá podamos utilizar las consideraciones de Lévy, cuando señala que la ordalía «designa una institución de contornos bien determinados, tal como se la constata en el derecho germánico y en el conjunto de los usos que se han derivado de él durante la alta Edad Media, es decir, una prueba, casi siempre cruel o peligrosa, impuesta a una de las partes o a las dos», por lo que al ser transportada fuera de este dominio aparece como un concepto demasiado estrecho y preciso, ya que la ordalía impuesta no es más que manifestación de un fenómeno sociológico más vasto: el de la intervención de potencias sobrenaturales en la solución de un proceso¹⁹¹.

Esta intervención en un proceso de la divinidad es el elemento fundamental de la definición de Patetta, que trata así de distinguir la ordalía de otras intervenciones divinas, fuera del campo del derecho. La ordalía aparece o realiza su función dentro del campo del

191. LÉVY, *Le probleme* cit. 424.

derecho, pero en atención a la forma en que actúa la intervención divina, Lévy propugna la distinción de tres supuestos diferentes ¹⁹².

a) La ordalía, que Lévy califica de «clásica», es decir la que se conoce como de tipo germánico, donde la intervención de la divinidad se produce durante la celebración de una prueba obligatoria, así establecida por la ley o la costumbre o como resultado de un juicio de prueba.

b) La ordalía no se establece por ninguno de estos medios, sino que es una de las partes, normalmente el acusado, quien pide la intervención divina.

c) La intervención divina puede darse sin previa petición de las partes o de una de ellas.

Si no damos demasiado valor a las atribuciones o denominaciones empleadas por Lévy, podemos aceptar en principio esta triple distinción en atención a la forma de emplearse la ordalía en el proceso. Ahora bien, la última forma citada debe excluirse, nos parece, del campo propio de las ordalías medievales. No debemos olvidar que éstas funcionan como medio de prueba, que regularmente pueden emplearse en el proceso; en este sentido la petición de una de las partes de recurrir a la intervención divina, cuando así no está establecido, puede considerarse el primer paso en el empleo de las ordalías, el intento de hacer normal en el proceso el empleo de las ordalías; pero no puede decirse lo mismo de la intervención divina sin petición. El proceso supone una actividad reglada, que permite a las partes saber lo que deben hacer en cada momento. Si Dios es omnipresente, omnipotente y justo debe aceptarse su intervención, en cualquier momento, en la vida de los hombres y, por tanto, también en sus conflictos jurídicos, pero esta intervención no puede considerarse como una parte del proceso, sino que es una gracia divina, que puede aparecer en cualquier momento, no sólo en el trámite probatorio, sino también pasado ya éste, tras dar sentencia, como en el supuesto de Susana, o incluso fuera de todo proceso.

Si existe un Dios todopoderoso y justiciero es posible su inter-

192. LÉVY, *Le probleme* cit. 424-425.

vención en el mundo de los hombres para restablecer la justicia, allí donde ha sido violada.

Sin intentar aproximar fenómenos que, pese a sus semejanzas externas, creemos que responden a mundos diferentes, podemos recoger aquí los testimonios griegos, a los que alude Sautel, donde se manifiesta una intervención divina para proteger al más débil, a quien se encuentra dominado, siendo la divinidad su protección última¹⁹³. Trazas de estas intervenciones, ordalíacas según Sautel, se han conservado en el derecho arcaico, habiéndolas sistematizado Glotz en 1904. La esencia de estos sucesos radica en la intervención de la divinidad en momentos dramáticos, a fin de permitir a un oprimido o a un condenado escapar de la sanción que le espera, sea la mujer culpable o perseguida de cerca que se entrega a las divinidades marítimas, precipitándose desde una roca, o recién nacidos, sobre los que pende la sospecha de bastardía, abandonados en un cofre en las aguas, incluso a veces en el mar, o los guardianes del cadáver de Polinico, en la Antígona de Sófocles, que se declaran prontos, para escapar a la cólera de Creón, a tomar en sus manos hierros al rojo o a pasar a través del fuego. En todos estos sucesos la ordalía aparece como un milagro que interrumpe la ejecución, no interviniendo de ordinario en unión a un proceso¹⁹⁴.

En este resumen Sautel parece acomunar esta intervención graciosa de la divinidad con otros supuestos, pero sus afirmaciones son suficientemente expresivas de esta intervención de la divinidad caracterizada como un «medio de salvación de los dominados u oprimidos, perseguidos por un poder superior»¹⁹⁵. Precisamente por ello, la intervención dentro o fuera de un proceso no altera su condición de intervención graciosa, y por ello parece que no pueda configurarse como un elemento del proceso, como una prueba, tal como son las ordalías medievales.

Esta intervención divina surge así fuera del proceso, aunque puede llevarse a cabo igualmente dentro del mismo, pero no en tanto trámite probatorio, sino como una gratuita intervención de la divinidad, que no permite que su justicia sea violada. Así ocurre

193. SAUTEL, *Les preuves* cit. 125-126.

194. SAUTEL, *Les preuves* cit. 126-127.

195. SAUTEL, *Les preuves* cit. 127.

con la intervención divina que impide la ejecución de Susana: tras ser acusada por el testimonio de dos ancianos y cuando ya todos se dirigían para ejecutar la condena, la intervención de un niño, por instigación divina, reclamando que las declaraciones de los ancianos sean contrastadas, conduce al reconocimiento de la inocencia de Susana (Dn 13). La diferencia esencial entre esta intervención divina y la que se realiza como consecuencia del empleo de la ordalía, como medio probatorio, resalta claramente con sólo leer el empleo de la ordalía de las aguas amargas (Nm 5,11 ss.).

Precisamente porque en episodios como el de Susana existe una intervención de la divinidad para restaurar la justicia, independientemente de los presupuestos de la misma, se explica igualmente que la intervención pueda realizarse una vez dada la sentencia, en el momento en que va a cumplirse. Recordemos aquí, dentro de la historia peninsular, lo sucedido con uno de los primeros obispos de Santiago, Adaulfo, acusado de sodomía y condenado a ser arrojado a un toro salvaje; cuando se iba a ejecutar la pena, la intervención divina le salva y muestra su inocencia, al calmar al toro furioso, ya que «ille qui occulto iudicio statum iustitiae aequali lance ponderat», no permitió que la verdad quedase oculta por las sombras. Y esto ocurrió así, porque el obispo, «quamvis ad humanos visus jam damnatus esset, divina tamen pietate confidens, ante quam ad iudicium tantae crudelitatis veniret», celebró la santa misa ¹⁹⁶.

Este último suceso refleja claramente el mismo orden de ideas que se evidencia en la ordalía medieval en tanto prueba, pero existe una diferencia radical, que separa el uno de la otra. Ambos a dos presuponen la existencia de un Dios justo y omnipotente, pero mientras en el empleo de la ordalía, como trámite de prueba se parte de la idea de que por medio de la plegaria se puede conseguir que la divinidad participe en los juicios de los hombres, la intervención divina en sucesos tales como el de Adaulfo reposa en la idea de que la bondad divina no abandonará en sus tribulaciones al hijo fiel. Mientras la ordalía supone, en cierto sentido, domar a la divinidad y ponerla al servicio de los hombres, las otras intervenciones divinas aludidas expresan el poder divino, que puede

196. *Hist. Compost.* 1,2,2 —ed. ES XX p. 9-10—.

reducir a la nada las acciones humanas. Independientemente del origen que se le quiera atribuir a la práctica de perdonar la vida al condenado a la horca, cuya ejecución no se lleva a la práctica por la ruptura de la cuerda¹⁹⁷, dentro de una concepción cristiana se explica por la mencionada intervención gratuita de Dios.

La ordalía, tal como se emplea en el mundo medieval cristiano, arranca de la creencia en una intervención divina, que decide la verdad o falsedad de una afirmación, pero presupone igualmente la creencia en la posibilidad de obligar a la divinidad a participar en los procesos jurídicos humanos. La utilización de la ordalía, en el trámite probatorio, presupone la confianza en la posibilidad de plegar la divinidad a los deseos de los hombres.

El empleo de la ordalía en el trámite probatorio, durante la Edad Media peninsular, pudo realizarse, porque se confiaba en poder obligar a Dios a participar en el mismo, pero, al mismo tiempo, la sumisión al trámite ordalíaco sólo la realizaban o quienes confiaban plenamente en la justicia de su causa o quienes confiaban en sus poderes mágicos, capaces de desviar la voluntad divina.

Dentro de este cuadro podemos ya examinar los testimonios visigodos, que se refieren, presunta o realmente, al empleo de la ordalía o manifiestan la existencia de un pensamiento, que podríamos calificar de pre-ordalíaco, antes de centrarnos en la época medieval.

10. Si el hecho de ser los visigodos un pueblo germano no permite concluir sin más que instituciones que suelen remontarse, con más o menos acierto, a la época germana común se encuentran igualmente entre los visigodos, es necesario valorar las noticias existentes para la época visigoda.

La situación puede describirse de la forma siguiente: en la le-

197. Cf. REHFELDT, *Rec. cit.* 395, y también su explicación de lo que considera una variante de este hecho —el girar a la izquierda la cuerda—, en Bernhard REHFELDT, *Todesstrafen und Bekehrungsgeschichte. Zur Rechts- und Religionsgeschichte der germanischen Hinrichtungsbräuche* (Berlin 1942) 129-130, 152; en estos supuestos el acusado muestra su poder, al salir victorioso de la prueba y deviene por ello tabú; Rehfeldt hace hincapié en las representaciones mágicas.

gislación visigoda no aparece regulada la ordalía, aunque una ley, de tradición manuscrita muy discutible, a datar, en todo caso, a fines del reino visigodo, parece recoger la prueba caldaria u ordalía del agua hirviente.

Si prescindimos, momentáneamente de dicha ley, podemos afirmar que la legislación visigoda no sólo no conoce y regula el empleo de las ordalías, sino que ni siquiera deja un resquicio para que la mencionada prueba pueda ser introducida.

Liber 2,1,23 es tajante al determinar los medios que pueden ser empleados por las partes para la confirmación de sus afirmaciones. El juez está obligado a examinar cuidadosamente la prueba documental y testifical, a fin de evitar el recurrir fácilmente al juramento. Sólo cuando, tras una inquisición minuciosa de la prueba documental y testifical, así como de todo indicio de verdad, no pueda llegarse a la misma, puede recurrirse al juramento, solución que como aclara Ervigio queda a la decisión del juez, a quien corresponde igualmente designar la persona que realizará el juramento ¹⁹⁸.

El juramento, es decir, el poner solemnemente a Dios como testigo de una afirmación, cierra así el sistema probatorio visigodo. Sin embargo, la legislación visigoda parece manifestar un cierto recelo hacia el juramento, si se incita al juez a descubrir la

198. *Liber 2,1,23*: «Iudex, ut bene causam agnoscat, primum testes interroget, deinde scripturas requirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur. Hoc enim iustitiae potius indagatio vera commendat, ut scripture ex omnibus intercurrent et iurandi necessitas sese omnino suspendat. In his vero causis sacramenta prestantur, in quibus nullam scripturam vel probationem seu certa indicia veritatis discussio iudicantis invenerit. (In quibus tamen causis et a quo iuramentum detur pro sola investigatione iustitiae, in iudicis potestate consistat)». Entre paréntesis, el párrafo añadido por Ervigio. Para la aplicación del tormento, vid. infra p. 80 ss. Para el proceso visigodo, vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss. Aunque quizá no debe dársele mayor importancia, es interesante recoger aquí la opinión de Agobardo en su escrito contra los juicios de Dios: «Nam si omnipotens Deus, mundi conditor et rector, iudicii veritatem in rebus latentibus per mutuas caedes inveniri voluisset, aut permisisset, nec iudice aut magistros per singulas urbes constitui praecepisset, nec testibus inficientes convici, nec ubi testes desunt, controversiam per jusjurandum finiri» —MIGNE PL. 104 ccl. 250—.

verdad por otros medios; este recelo viene motivado por la necesidad de evitar los perjurios.

La preocupación en torno a la utilización del juramento no es exclusiva de la Iglesia visigoda¹⁹⁹, que consigue verla reflejada en la legislación, sino común al pensamiento religioso del momento, por lo que en distintos lugares y épocas esta preocupación se verá reflejada en la legislación.

Una tradición, combatida por algunos autores²⁰⁰, aunque sin mucho éxito²⁰¹ habla de que el juicio del agua fría fue creado por el Papa Eugenio, a instigación quizá de Ludovico Pío, «ut omnes non licet periurare supra sanctorum»²⁰². Los datos pueden estar equivocados; no el pensamiento testimoniado.

Como recuerda Brunner, el recelo y la necesidad de protección frente al perjurio favorecieron la utilización del duelo, pese a los celos eclesiásticos frente al mismo²⁰³. Y no debe olvidarse, que ya mucho antes, la finalidad originaria perseguida por el redactor de la ley de los Burgundios, al regular por vez primera el duelo, fue el de reducir los perjuicios causados por los perjurios²⁰⁴.

Estas circunstancias nos servirán para mostrar que la evolución visigoda y postvisigoda presenta trazos claramente diferentes. La legislación en el reino visigodo, manifiesta únicamente un cierto recelo ante el empleo aventurado del juramento; una adición posterior, muy probablemente realizada en Cataluña, sigue poniendo de manifiesto, si no pudiera comprobarse también por otros medios, que el sistema probatorio visigodo perduró con todas sus características en Cataluña hasta los primeros años del siglo XI. Por esta adición se equipara el perjurio a la infidelidad, con lo que se

199. Vid. Isid. *Sent.* 2,31. vid. infra p. 208 ss.

200. LEIMAER, *Die Kirche* cit. 17-18; 75.

201. Cf. NOTTARP, Rec. de LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 253, que le reprocha precisamente la manera simplista con la que rechaza la fundamentada argumentación de von Schwerin.

202. *Formulae* —ed. Zeumer— p. 617. Cf. VILLANUEVA V p. 19 ss.; el texto de la fórmula en p. 21.

203. BRUNNER *DRG* II 540; 456 n. 15.

204. *L. Burgundionum* 45. Esta tesis fue defendida ya por Montesquieu, vid. GAL, *Der Zweikampf* cit. 238; 267. Cf. 274, 286.

agrava la pena del perjurio²⁰⁵. ¿Cuándo se incorpora esta adición? No es posible saberlo con exactitud, pero de todas formas revela claramente esta adición que durante la monarquía visigoda se mantuvo en sus trazos característicos el proceso visigodo, sin necesidad de recurrir a las ordalías y que lo mismo sucedió, tras la desaparición de la monarquía, en Cataluña, si en fecha indeterminada, pero antes del siglo XII, quizá en el siglo X, tuvo que recurrirse a agravar la pena del perjurio²⁰⁶.

Esta constatación, sin embargo, no tiene gran peso para quienes defienden el empleo de las ordalías entre los visigodos, a partir de su empleo en la época medieval, pues ven en este empleo posterior el testimonio más claro del florecimiento de una antigua práctica propia del derecho germano, sofocada en la época visigoda por la legislación regia, aunque para ello tengan que atribuir el silencio de dos siglos en torno al empleo de la ordalía en la península, a partir de la desaparición del reino visigodo, a las deficiencias de la tradición documental²⁰⁷.

El único apoyo para defender el origen visigodo de las ordalías medievales consiste en su aparición tras la desaparición del reino visigodo. Señalamos que es éste el único punto de apoyo, ya que, por las razones indicadas, no puede recurrirse al origen germano del pueblo visigodo; aun admitiendo que la ordalía sea una institución propia del derecho germano común, no hay ninguna razón lógica que obligue a admitir que la misma se conservó en todos los pueblos germánicos; afirmar que el pueblo visigodo, en tanto germánico, conoció la prueba por ordalías es un salto en el vacío, al carecerse de todo testimonio contemporáneo.

No es nuestra intención combatir aquí la teoría del estado latente de los hechos sociales, acuñada por Menéndez Pidal²⁰⁸, entre

205. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Un nuevo código del «Liber Iudiciorum» del siglo XII*, en *AHDE* 31 (1961) 675 ss.

206. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss.; en especial 192 ss.; esta adición, dada las fechas de aparición de las ordalías en Cataluña, debió ser anterior a finales del siglo X. Cf. la bibliografía citada en IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 115-116.

207. Vid. infra p. 73 n. 210.

208. Vid. J. A. MARAVALL, *Menéndez Pidal y la historia del pensamiento* (Madrid 1960) 129 ss.

otras razones porque, en lo fundamental, estamos de acuerdo con la misma. Si aplicáramos el método histórico-crítico en todo su rigor, grandes y extensas páginas de la historia quedarían en blanco, como se ha dicho. Los testimonios posteriores pueden llegar a demostrar la existencia anterior en el tiempo de determinados fenómenos, pese al silencio de las fuentes coetáneas, pues «los contemporáneos de un «hecho social» latente *no se dan cuenta de él, por lo muy habitual que les es, o no dan cuenta de él, por estimarlo obvio o insignificante. Y juzgan, en uno y otro caso, que no merece su mención escrita*»²⁰⁹.

Este principio, que puede tener una amplia aplicación en muchos campos del discurrir histórico, no puede extenderse sin más al derecho. Por repetida, vulgar y conocida que sea, por ejemplo, la forma de realizarse una compraventa, todos los compradores y vendedores quieren ver testimoniadas las suyas, en sus más mínimos detalles; por habituales que sean las fórmulas, quieren conservar los documentos que atestiguan sus compraventas y por muchos documentos de compraventa que hayan llegado a reunir no se desprenderán de ellos, mientras conserven las cosas adquiridas. Se trata, como es evidente, de una afirmación general, ya que es suficiente recordar aquí la existencia de pactos tácitos, pero que sirve para destacar que no pueden juzgarse por un mismo rasero todos los fenómenos del pasado. Es cierto que se ha dicho que «faltan, sí, comprobaciones escriturarias de realidades jurídicas o institucionales documentadas en el Fuero (=de León), pero que no podían dejar huellas en los diplomas de la época. Es imposible, por ejemplo, que se nos conserven testimonios de la práctica de la ordalía del duelo judicial»²¹⁰ en relación con el hecho de que «no han podido llegar hasta nosotros los procesos que pudieron provocar otras cuestiones que no se traducían en adquisiciones territo-

209. MARAVALL, *Menéndez Pidal* cit. 135.

210. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines mandationis y iuniores* (=en *CHE* 53-54 (1971) 7-253), en *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas. I. Instituciones sociales* (Segunda edición ampliada) (Madrid 1976) 374. Bajo el título, *El Fuero de León: su temprana redacción unitaria*, con supresión de las páginas introductorias y de la segunda parte del trabajo, puede verse en *León y su historia. Miscelánea Histórica II* (León: 1973) 11-60.

riales o en un logro de rentas o servicios por una institución religiosa. No debe olvidarse la unilateralidad de los tesoros diplomáticos de que disponemos»²¹¹. Tales afirmaciones son dignas de suscribirse en líneas generales, pero con alguna matización. Sin entrar a presuponer si se hacen o no a partir de la idea de que las ordalías sólo se utilizan en el proceso penal, baste hacer aquí algunas preguntas: ¿Por qué es imposible que se conserven testimonios de la práctica de la ordalía del duelo judicial, recogida en el fuero de León, durante los siglos VIII, IX y X, y sin embargo se conservan testimonios de la ordalía del agua hirviente, ordalía también recogida en el Fuero de León?²¹². ¿Por qué durante los siglos VIII, IX y X se guarda silencio en León sobre el duelo, mientras en 1093 para dilucidar una cuestión que se traducía en adquisiciones territoriales, como dice Sánchez Albornoz, se recurre a un duelo con escudo y bastones, que se testimonia en la documentación?²¹³. ¿No será porque el duelo con bastones aparece en León a través de la legislación regia en 1091?²¹⁴.

Quizá sea un dejarse arrastrar por las propias convicciones, pero parece adecuado pensar que si no se cita el duelo antes del siglo XI, quizá sea ello debido a su desconocimiento en el mundo leonés —y en el peninsular, como veremos— como ordalía.

En la elección de la posición contraria, ha jugado un papel importante no sólo la idea de que el pueblo visigodo, en tanto pueblo germánico, había conservado un derecho consuetudinario, sino también la afirmación de Hinojosa de que los fueros municipales recogen derecho consuetudinario en líneas generales. Hemos tenido ya ocasión de expresar otras veces nuestras dudas sobre esta tendencia a ver en los fueros municipales la plasmación de un derecho consuetudinario profundamente arraigado; sea aquí suficiente seña-

211. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines* cit. 375.

212. Vid. *infra* p. 119.

213. PRIETO, *Documentos* II 36 (4-I-1093) 530: «et iussit rex darent utraque bastonarii qui pugnantes ex qua parte qui cecidisset dimisisset iam dicta hereditatem. Accepto itaque hoc iudicium noluerunt litigare sed fecerunt inter se convenientia». A señalar la negativa a aceptar este tipo de pruebas y el hecho de que las partes son el abad de Sahagún y varios infanzones. Cf. *infra* p. 117.

214. Cf. *infra* p. 117-118.

lar que en diversos fueros breves se alude a las diferentes ordalías para prohibir su empleo en el ámbito municipal, hecho que puede interpretarse como un intento de acabar con una situación consuetudinaria, pero también como un intento de evitar la extensión de una nueva práctica, impulsada por la Iglesia, como quiere Bonnassie para Cataluña, que lograba así acrecentar sus propiedades ²¹⁵.

Si de una época determinada conocemos el derecho legislado, no podemos afirmar sin más la existencia de un derecho consuetudinario, contrario a las leyes, a partir de los testimonios de una época posterior, invocando el principio del estado latente de los hechos sociales o cualquier otro; es necesario que se den otros requisitos, como pueden ser la no utilización de documentación escrita o la no conservación de la misma. Los actos realizados en fraude a la ley son también testimoniados, aunque sea con fórmulas retorcidas y engañosas. Por desgracia, de la época visigoda no se ha conservado prácticamente ningún ejemplar de lo que se suele conocer con el nombre de documento de aplicación del derecho.

La deficiencia de nuestras fuentes ha permitido construir así un derecho consuetudinario visigodo, de origen germánico, que ha logrado persistir, pese a la enemiga regia, durante toda la monarquía visigoda, para florecer de nuevo, desaparecida la presión del poder político, tras el 711. Baste señalar por el momento esta construcción científica.

Y este planteamiento explica fácilmente que no se tomen en consideración una serie de noticias, que pueden espigarse —escasamente— en las fuentes, relativas a procesos en los que no se menciona el empleo de ordalías; estos procesos, al realizarse ante el rey o los tribunales regios, manifiestan exclusivamente el derecho oficial, no el derecho consuetudinario germánico, oprimido por el poder político ²¹⁶, pese a que pueda aludirse al empleo de la tortura —azotes— en el interrogatorio, en un momento anterior a la regulación de Chindasvinto, contenida en *Liber. 6,1,2* ²¹⁷.

215. Cf. infra p. 122 ss.; 219.

216. Iul. *Hist. Wamb.* 35 ss. —ed. ES VI p. 569 ss.

217. Ioann. Bicl. *Chr.* a. 590, 3: «ipse autem Argimundus, qui regnum assumere cupiebat, primum verberibus interrogatus» —ed. Campos p. 99—.

Pero, ante el silencio de las fuentes visigodas en torno a las ordalías, no pueden rechazarse sin más noticias que parecen denotar la inexistencia de su empleo. Puede ser ambigua la noticia ofrecida al relatarse la vida de Masona: Witerico, quien había intentado darle muerte, no lo logra por la intervención divina; arrepentido, confiesa al obispo la existencia de otro plan para darle muerte y, para asegurarse de la verdad de sus afirmaciones, se compromete a quedar en su custodia, hasta que el obispo compruebe la verdad de las mismas ²¹⁸; no hay la petición de comprobar unas afirmaciones con el recurso a una ordalía, que no podría encontrar la oposición de las autoridades públicas, sino la promesa de permanecer en custodia ²¹⁹.

Este mismo silencio en torno a la ordalía puede encontrarse igualmente fuera de la legislación oficial en las reglas monásticas visigodas, las cuales al regular, aunque de forma no muy explícita —hay que reconocerlo— las acusaciones de los monjes que transgreden las reglas, guardan siempre silencio sobre el posible empleo de las ordalías ²²⁰. De manera clara, sin embargo, se testimonia en alguna ocasión en dichas reglas, que quien fuese sorprendido en alguna falta sería castigado una vez que se comprobase su culpa por medio de acusadores o testigos ²²¹. Estaríamos así ante el reconocimiento del predominio de la prueba testifical, por razón de la materia, pero también ante el desconocimiento de la prueba ordalíaca.

Desde el planteamiento indicado tampoco tiene valor otra noticia, que podemos aducir, puesto que se vuelve a aludir al llamado mundo oficial, pero tampoco puede prescindirse de la reluctancia

También al tormento parece recurrir Leovigildo, para lograr que Masona le descubra donde se encuentra la túnica de Sta. Eulalia —*vitae PP. Emer.* 30 —ed. *ES XIII* p. 638—. La investigación extremada en los juicios es una virtud que Isidoro de Sevilla resalta en Suíntila —*Isid. h. g.* 64 —ed. Rodríguez Alonso p. 278—. Nada se puede extraer, en cambio, de *Vit. Fruct.* 15 —ed. Díaz y Díaz p. 106 ss.

218. *Vit. PP. Emer.* 40 —ed. cit. 378.

219. No pasamos por alto que Masona es un obispo católico, pero vid. lo que diremos más adelante p. 78 ss., sobre la posición de la iglesia visigoda.

220. *Reg. Isid.* 15 —ed. Campos-Roca p. 113—; *Reg. Fruct.* 13 —ed. Campos-Roca p. 152—; *Reg. com.* 14 —ed. Campos-Roca 196 ss.—; Cf. *Rec. com. pactum* —ed. Campos-Roca p. 210.

221. *Reg. Fruct.* 15 —ed. Campos-Roca p. 154.

de los monjes a participar en cuestiones jurídicas, aunque, en determinados supuestos, se establezca que los monasterios puedan defender sus derechos por medio de laicos honestos, pese al empleo de los juramentos para terminar los pleitos²²². El peligro de acudir ante los tribunales de justicia radica en el empleo del juramento, que puede conducir al perjurio; sin embargo se guarda silencio sobre el empleo de ordalías.

Por estas mismas razones y por otras, tampoco suele darse mucho valor a la obra de Isidoro de Sevilla, quien, al exponer las pruebas que pueden aducirse ante el tribunal, se limita a señalar que «*probatio autem testibus et fide tabularum constat*»²²³. Y de acuerdo con esta afirmación el duelo no es más que el antiguo nombre de la guerra, sea porque dos partes pelean, sea porque una sale vencedora y otra vencida²²⁴. Tampoco al hablar de las armas hace mención de las que pudieran utilizarse en el duelo²²⁵.

Aún menos valor tiene desde esta perspectiva el testimonio de Martín de Braga para el mundo visigodo, pero es necesario recalcar que, en su tratado *de correctione rusticorum*, referente a un mundo dominado, en todo caso, por los suevos, se limita a combatir los auspicios, mientras guarda silencio sobre posibles prácticas ordalíacas²²⁶. «*Non jussit Deus hominem futura cognoscere, sed ut semper in timore illius vivere*», pero pese a esta radical afirmación de Martín Dumense, no estamos ante una prohibición absoluta de conocer el futuro, sino ante una tajante prohibición de invocar a los dioses para conocer el futuro. Así, Isidoro de Sevilla se burla de Litorio, quien se dejó engañar por los demonios, al fiarse de sus signos y de las respuestas de los haruspices²²⁷, pero no deja de señalar que en la época de Teodorido se produjeron muchos signos, tanto en la tierra como en el cielo, anunciadores

222. *Reg. com.* 3 —ed. Campos-Roca p. 177-178—. Esta enemiga de la iglesia contra el juramento puede verse también en *Reg. Lean.* 29 —ed. cit. 71—; *Isid. Sent.* 2,31.

223. *Isid. Ety.* 18,15,5.

224. *Isid. Ety.* 18,1,9.

225. *Isid. Ety.* 18,5, ss.

226. *Mart. Dum. De correc. rust.* 5-7; 9. Cf. 3.

227. *Isid. h. g.* 24 —ed. cit. 211.

de una cruel guerra, añadiendo que no debe llamar la atención que se produjeran tantas señales por intervención divina ²²⁸.

Ya antes de él, Idacio había recogido muchos de estos testimonios divinos, que en algunos casos pasaron más tarde a la obra de Isidoro de Sevilla ²²⁹. Los auspicios paganos deben ser rechazados desde el punto de vista cristiano, al ser un medio de conocer el futuro por medio de la magia y con la intervención de los demonios; en realidad, el auspicio, dentro del pensamiento religioso cristiano, suponía una tentación de la divinidad; pero cuando los signos eran ofrecidos graciosamente por Dios a los hombres, para que en los mismos se contemplaran los designios de la providencia divina, no había entonces razón alguna para rechazarlos ²³⁰.

El silencio de las fuentes visigodas es total, pero tiene un valor especial el silencio de la Iglesia visigoda en torno a las prácticas ordalíacas. Este silencio sólo puede explicarse por tres hipótesis: diferentes: a) las ordalías eran desconocidas en la península, en esta época, como medio de prueba; b) la Iglesia visigoda consideraba que las prácticas ordalíacas no atacaban el dogma cristiano, por lo que no era necesaria una condena de las mismas; c) las prácticas ordalíacas eran empleadas en la península, aunque la Iglesia visigoda, pese a considerarlas contrarias al dogma cristiano, guarda silencio.

Esta última hipótesis parece la menos probable, ya que conocemos la postura del obispo de Lyon, Agobardo, a principios del siglo IX. Señala Brunner que en el rechazo de las ordalías por parte de Agobardo apenas debe tomarse en consideración su condición de hispano, es decir de godo ²³¹, pero no deja de ser sintomático que un eclesiástico de origen godo, Agobardo, en un reino donde se practicaban las ordalías, alce su voz contra las mismas, mientras la jerarquía visigoda permanece callada durante la época visigoda. Agobardo propone además el remedio: prescindir de la ley de los burgundios, donde se regulaba la ordalía del duelo, y aplicar la

228. Isid. *h. g.* 26 —ed. cit. 212—; cf. Isid. *h. g.* 35 —ed. cit. 228.

229. Hid. 73 —ed. Mommsen 20—; 126 —ed. cit. 24—; 151 —ed. cit. 26.

230. Vid. *infra* p. 97 ss.

231. BRUNNER *DRG* II 540 n. 7.

ley Sálica, que la desconocía ²³², con lo que se actuaría, igualmente, su política de unificación jurídica.

Son, indudablemente, meras hipótesis nuestras hilaciones, pero lo que es una realidad indiscutible es que no existe para la época visigoda ningún testimonio, favorable o contrario a las ordalías, de parte de la Iglesia visigoda y sí una condena de las mismas por parte de un obispo de origen visigodo en el siglo IX.

Es necesario subrayar que de las tres posibilidades, que hemos señalado, las dos últimas son hipótesis necesarias, si queremos afirmar la existencia de ordalías entre los visigodos. De simples hipótesis —la Iglesia acepta la ordalía, pero no la menciona; la Iglesia rechaza la ordalía, pero no la combate ²³³—, se llegaría así a afirmar la existencia de las ordalías entre los visigodos. Puede decirse que también es una simple hipótesis la inexistencia de las ordalías entre los visigodos, pero, sin faltar a los datos históricos, puede señalarse que hasta el momento no se conoce ninguna fuente coetánea que permita hablar del empleo de las ordalías en el proceso visigodo, si prescindimos momentáneamente de las tantas veces mencionada ley de Egica o Witiza.

No pareciendo suficiente el apoyo de esta ley, se ha querido encontrar un testimonio del empleo del juicio de Dios en una decisión del Concilio II de Zaragoza del año 592 ²³⁴, donde se determinó que las reliquias arrianas debían ser probadas por el fuego ²³⁵,

232. Vid. GÄL, *Der Zweikampf* cit. 284-285, que rechaza, creemos que con acierto, la posición de Wilda y Dahn.

233. No es necesario mencionar otra posibilidad: la Iglesia ha combatido las ordalías, pero se han perdido estos testimonios, porque no dejaría de ser una hipótesis difícilmente aceptable ante la riqueza de los testimonios eclesiásticos visigodos.

234. Así A. HELFFERICH, *Entstehung und Geschichte des Westgothen-Rechts* (Berlín 1858) 286. El ejemplar que manejamos es defectuoso; carece de portada; el título y el pie de imprenta lo hemos tomado del manual de Lallinde. Esta interpretación la acepta igualmente julio FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islandico* (traducción del alemán por José Rovira Armengol) (Barcelona 1928) 55; esta misma opinión la sostuvo Dahn, cuyas obras no hemos podido manejar.

235. C. Zaragoza II (592) 2: «Statuit sancta synodus ut reliquiae in quibuscumque locis de Arrianam haeresem inventae fuerint prolata a sacerdotibus, in quorum ecclesias repperiuntur pontificibus praesentate igne pro-

pero aquí parecen confundirse los efectos purificadores del fuego con el empleo de la ordalía del fuego²³⁶, que, por lo demás, presentaría unas características realmente sorprendentes, amén de no encontrar reflejo exacto en la Edad Media²³⁷.

Rechazado este testimonio, nos queda únicamente la famosa ley atribuida, generalmente, a Egica o Witiza, incorporada a *Liber* 6,1,3, así como las fórmulas o preceptos referentes a la ordalía del agua hirviente, vinculados, o que se quieren vincular, a la mencionada ley.

Hemos ya indicado en otra ocasión las razones que nos hacen pensar que la misma no puede remontarse a la época visigoda; se trata en realidad de una pseudoley, atribuida de forma incierta a Egica o Witiza, pero también a Recesvinto, Ervigio y Wamba, según los manuscritos, redactada en época tardía, probablemente en un lugar en el que se empleaban las ordalías —¿Cataluña? ¿El sur de Francia?— para dar así tintes de legalidad a una práctica consuetudinaria reciente²³⁸.

A las razones aducidas únicamente queremos añadir algunas consideraciones que pueden obtenerse de un análisis de la ley, que vienen a matizar nuestras afirmaciones.

La aparición de *Liber* 6,1,2 está vinculada a la necesidad de evitar que determinados delitos puedan quedar impunes por falta de pruebas. Esta preocupación y la distinción establecida entre los

bentur quod si a quibuslibet occultate fuerint et deteguntur a sacrosanctas ecclesias coetu segregentur» —cd. Vives p. 154.

236. Tejada y Ramiro —en *Colección de Cánones y de todos los concilios de la Iglesia de España y de América (en latín y castellano) con notas e ilustraciones* por D. Juan TEJADA Y RAMIRO II (Madrid 1859) 130, juiciosamente, tras aludir a la ordalía del fuego, señala «También hay quien cree, quizá con más fundamento, que las palabras del canon "igne probentur", significan que sean consumidas en el fuego; porque los padres españoles creyeron que había menos peligro en quemar las reliquias dudosas, que en exponer a la veneración de los pueblos las falsas».

237. Vid. infra p. 108.

238. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 193 ss.; 262 s. LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *La obra de Don Ramón Menéndez Pidal y la historia del Derecho*, en *REP* 65 n. 105 (mayo-junio 1959) 21 n. 45, cree, frente a García-Gallo, que esta atribución incierta de los mss. no es razón suficiente para negar la autenticidad de *Liber* 6,1,3.

nobles y los simples libres explican perfectamente la redacción un tanto complicada de la ley. Simplificando al máximo, podríamos decir que en la acusación de los delitos capitales realizada sin pruebas, el acusado quedará sometido al tormento, mientras en los demás delitos sólo los libres quedarán sometidos al tormento, si la responsabilidad económica de los mismos supera los 300 sueldos, aumentados a 500 por Ervigio; los nobles, en estos supuestos, se expiarán por medio del juramento. El recurso al tormento se realiza, precisamente, por no poderse probar por otros medios la acusación²³⁹. Esta última alusión resalta, si no nos equivocamos, la razón última de esta ley, que vino a modificar *Liber 2,1,23*, donde se establecía el recurso al juramento, a falta de otros medios²⁴⁰, a fin de que en las causas capitales —ideoque, si in causa regis potestatis vel gentis aut patrie seu homicidii vel adulterii—, es decir las más preocupantes para Chindasvinto, no se recurriese al juramento, para decidir las mismas.

Esta innovación de Chindasvinto aparece completada por *Liber 2,2,5*, con lo que el sistema de resolver las causas ante los tribunales de justicia se desdoblará en dos: las causas que grosso modo podríamos llamar civiles, se resolverán a falta de otros medios de prueba por el juramento, mientras en las causas criminales, dentro de los límites establecidos, el acusado será sometido a tormento, si no puede ser probada la acusación por otros medios. *Liber 2,2,5*, dada igualmente por Chindasvinto, establece que ambas partes aporten su prueba ante los tribunales de justicia, a fin de que el juez decida cuál debe ser recibida; a falta de prueba, el demandado deberá expiarse por medio del juramento, quedando así libre, mientras el demandante queda obligado al pago de cinco sueldos al demandado. Que esta ley se limita únicamente a lo que podríamos llamar causas civiles, cosa que no ocurría con *Liber 2,1,23*, estableci-

239. *Liber 6,1,2*: «Quod si probare non potverit, coram principe vel his, quos sua princeps auctoritate preceperit, trium testium suscriptione roborata inscriptio fiat, et sic questionis examen incipiat... Quod si accusator priusquam occulte iudici notitiam tradat, aut per se aut per quemlibet de re, qua accusat, per ordinem instruxerit quem accusat, non liceat iudici accusatum subedere questioni; cum iam per accusatoris indicium detectum constet ac publicatum esse negotium».

240. Vid. supra n. 198.

da con carácter general, se deduce de la misma redacción de la ley, poniéndola en relación con *Liber* 6,1,2.

Esta situación establecida por Chindasvinto se mantuvo hasta la reforma introducida por Ervigio, en *Liber* 2,1,23, una *antiqua* aclarada, como hemos visto, por Chindasvinto, determinando quién debía prestar el juramento; con la adición de Ervigio se atribuye al juez la decisión de determinar en qué causas y por cuál de las partes debía prestarse el mencionado juramento²⁴¹, provocando una cierta desarmonía entre *Liber* 2,1,23 y *Liber* 2,2,5.

Chindasvinto había establecido un régimen especial para las causas criminales, pero únicamente para aquellas que engendraban una responsabilidad económica que superaba los 300 sueldos; quedaban así en el aire aquellas causas criminales, cuya responsabilidad económica no alcanzaba la mencionada cifra. Las consecuencias prácticas de esta situación se pretenden subsanar con la incorporada por Zeumer a su edición de *Liber* como *Liber* 6,1,3: en pseudoley, atribuida generalmente a Egica o Witiza, que ha sido la acusación, sin pruebas, de delitos, cuya responsabilidad económica no alcanzaba la cuantía establecida en *Liber* 6,1,2, se autorizaba al juez a someter al acusado a la prueba caldaria.

Mientras *Liber* 6,1,2 establecía en la redacción recesvindiana la mencionada cuantía de 300 sueldos, que fue aumentada a 500 sueldos por Ervigio, todos los manuscritos que conservan *Liber* 6,1,3, salvo uno que ofrece la cantidad de 600 sueldos, recogen la tasa de 300 sueldos, propia de la redacción recesvindiana.

Este obstáculo es resuelto por Zeumer indicando que Egica, como en tantas otras ocasiones, rechazó el texto de la reforma ervigiana, volviendo al texto originario de la ley de Chindasvinto²⁴² y de la misma opinión es Ureña²⁴³. Esta explicación no encuentra apoyo en la tradición textual. *Liber* 6,1,2, en su redacción.

241. Vid. Karl ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda* (traducción del alemán por Carlos Clavería) (Barcelona 1944) 162-163, que ve en la prestación del juramento por parte del demandado trazas del derecho germano; de aquí que «este resto del derecho germánico, en lo que se refiere a las pruebas fue suprimido por Ervigio».

242. *Liber* p. 250 n. 2.

243. Rafael DE UREÑA Y SMENJAUD, *Historia de la literatura jurídica española* I 2 (2.ª edición) (Madrid 1906) 511.

recesvindiana según las indicaciones de Zeumer, aparece en los manuscritos R. 1, 2 y 3, mientras que en su redacción ervigiana se conserva en los manuscritos E. 1 y 2; V. 1, 2, 3, 4, 6, 7 (8, 14, 15, 17, 19, 20), coincidiendo así, en su mayor parte, con los manuscritos que conservan *Liber* 6,1,3, que son precisamente V. 1, 2, 3, 4, 6, 8 (10, 12) y 15, prescindiendo de la edición de Pithou y de la de la Academia²⁴⁴.

Si la introducción de la ley la hubiese llevado a cabo Egica, caracterizado por su posición crítica ante Ervigio²⁴⁵, no se comprendería que los manuscritos conservados mantuviesen la tasa de 500 sueldos, en *Liber* 6,1,2. No parece normal que ninguno de los manuscritos conservados refleje la situación hipotetizada del *Liber* en su redacción ervigiana, armonizando *Liber* 6,1,2 y 3, mediante el restablecimiento de la cantidad de 300 sueldos, fijada por Recesvinto en *Liber* 6,1,2. Lo más probable es pensar que el autor de *Liber* 6,1,3 no fue un monarca, sino un jurista medieval que, trabajando sobre un texto de la redacción recesvindiana, redactase una nueva ley, adaptándola a los principios recogidos en *Liber* 6,1,2. Los copistas posteriores pudieron tomar como modelo códices que contenían la redacción ervigiana, completando los mismos con leyes tomadas de otros códices, quizá utilizados para corregir lo realizado por el primer copista²⁴⁶; así se explicaría que en manuscritos que contenían la redacción ervigiana apareciese una ley —en realidad, una pseudoley—, que conservaba trazos de su primitiva construcción en base a la redacción recesvindiana, pero que mostraría, al mismo tiempo, su carácter no visigodo.

En el elenco de manuscritos que contienen *Liber* 6,1,3 deben además hacerse algunas matizaciones. Podemos prescindir de la aparición de *Liber* 6,1,3 en la edición de Pithou, pues ésta debió ser realizada en base a E. 1.^a —numeración de Zeumer—, un manuscrito del siglo x, que contiene la redacción ervigiana de la ley visigoda, pero donde una mano del siglo xvi, quizá la del mismo Pithou, introdujo, entre otras leyes, *Liber* 6,1,3, tomándola precisa-

244. Vid. a continuación lo que diremos en el texto.

245. ZEUMER, *Historia* cit. 109.

246. Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación*, en *AHDE* 46 (1976) 184.

mente de V. 6 (= ms. núm. 11, según la numeración de Díaz y Díaz)²⁴⁷. También debe prescindirse del ms. V. 10 (= ms. núm. 15), donde una mano del siglo XIV adicionó *Liber* 6,1,3²⁴⁸, pero debemos añadir dos manuscritos más, utilizados por la Academia en su edición: V. 13 (= ms. núm. 18) y V. 20 (= ms. núm. 27).

La primera afirmación que puede hacerse es que ninguno de los manuscritos que contienen la redacción recesvindiana o ervigiana contienen la mencionada ley; esta aparece únicamente en los manuscritos de la redacción vulgata²⁴⁹.

Esta conclusión parece una simple perogrullada, pero no debe pasarse por alto que los manuscritos que nos conservan las redacciones recesvindiana y ervigiana son posteriores a la caída del reino godó²⁵⁰, es decir fueron copiados en una época en la que había desaparecido ya el poder político, contrario —se dice— a la práctica consuetudinaria de la ordalía; en esta nueva situación parece lógico pensar que los copistas completasen la redacción recesvindiana o ervigiana con una ley, que respondía a una práctica consuetudinaria; la existencia de manuscritos mixtos confirmarían esta posibilidad²⁵¹.

De todas formas, podemos concluir que de los 20 manuscritos conocidos por Zeumer de la redacción vulgata, sólo la mitad, es decir, diez manuscritos, ofrecen la mencionada ley.

¿Quién fue el autor de la ley? Aquí falta por completo la unanimidad; los manuscritos atribuyen la ley a Egica (V. 2, 8, 10), a Egica y Witiza (V. 6), a Witiza (V. 1), a Wamba y Witiza (V. 15 *ad calceam*), a Ervigio (V. 15) y, finalmente, a Recesvinto (V. 12). Más importante es todavía otro hecho: los manuscritos más antiguos de la redacción vulgata ofrecen dicha ley, sin atribuirla a ningún monarca, así

247. *Liber* p. XXI.

248. *Liber* p. XXIII.

249. Cf. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194 n. 86.

250. El único dudoso podría ser R. 1, fechado en el siglo VIII.

251. R. 2 (=ms. n. 2) refleja la forma recesvindiana, pero tiene determinadas adiciones, procedentes de otro código diferente al modelo, que parece contener una redacción ervigiana: por su parte R. 4 (=ms. n. 3), que recoge la redacción recesvindiana presenta igualmente diversas lecturas que lo ponen en contacto inmediato con E. 2 (=ms. n. 5), un manuscrito que contiene igualmente la redacción ervigiana —DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 184 ss.; con carácter general, en p. 170.

ocurre con V. 13 (= ms. núm. 18), el Códice Vigilano, de la edición de la Real Academia, y con V. 3 (= ms. núm. 8), el Códice Toledano gótico de la edición de la Academia, el primero terminado en el 976, mientras el segundo se suele atribuir al s. X ex.-XI²⁵². Debe señalarse, sin embargo, que esta ley es atribuida a Egica y Witiza por un manuscrito del siglo XII —V. 6 (= ms. núm. 11)— pero que debió tener como modelo un manuscrito realizado en el 919²⁵³. No hay que desechar la posibilidad que en el mencionado modelo se encontrase el epígrafe correspondiente, atribuyendo la ley a Egica y Witiza, pero tampoco puede pasarse por alto la posibilidad de que la incorporación de un epígrafe y de la misma ley se realizará en época posterior al 919.

Hay otra particularidad que, salvo error, no puede constatarse en la edición de Zeumer: no todos los manuscritos ofrecen *Liber* 6,1,3 en el mismo lugar; por la edición de la Academia sabemos que en la mencionada ubicación se encuentra en V. 3, 8 y 20, que corresponden a los códices Toledano Gótico, Cardona y San Juan de Reyes en la enumeración de la Academia, pero el famoso códice Vigilano, es decir V. 13 (= ms. núm. 18) presenta la mencionada ley al final del título primero del libro segundo, título dedicado precisamente a los juicios. ¿Se trata de la única excepción entre los diez manuscritos citados, que contienen la ley mencionada?

Este hecho puede ponerse en relación con otros datos no menos significativos: el famoso códice Emilianense de la Academia, es decir, V. 14 (= ms. núm. 19), «est quasi frater codicis Vigilani»²⁵⁴, es «como hermano del Albeldense o Vigilano»²⁵⁵, pero fue redactado algo más tarde, en el 992. Ahora bien, el códice Emilianense carece de *Liber* 6,1,3, sea en este lugar, sea al final del título primero, del libro segundo. Tampoco esta ley se recoge en V. 7 (= ms. núm. 12), un manuscrito mutilado al principio y al final, de aquí que debe

252. Así tanto *Liber* p. XXII y XXIV como DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 166, 168. Tampoco aparece epígrafe en la selección contenida en el ms. Barcelona B. C. 944 (=ms. n. 30) —vid. MARTÍNEZ DÍEZ, *Un nuevo* cit. 673—. Esta ley —*Liber* 6,1,3—, no se ha recogido ni en la miscelánea de Zaragoza ni en la contenida en el ms. Paris. Lat. 4.792.

253. Para esta fecha vid. *Liber* p. XXII; DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 167.

254. *Liber* p. XXIV.

255. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 169.

matizarse esta afirmación: la ley no se encuentra en *Liber* 6,1,3, pero nada se puede decir si aparecía o no en *Liber* 2,1,32. Este manuscrito es atribuido por Zeumer al siglo x, mientras Díaz y Díaz distingue cuatro manos, tres de ellas, arcaizantes, podrían situarse a fines del siglo ix; la cuarta parece de mediados del siglo x, aunque no excluye el mencionado autor una refacción artificial posterior²⁵⁶. Por otro lado, se trata de un manuscrito acogido por Zeumer dentro de la redacción vulgata, pero que caracteriza así Díaz y Díaz: «Desde el punto de vista del texto resulta muy curiosa su situación; sus íntimas relaciones con los manuscritos 1, 2 y 3 son indiscutibles; pero ofrece leyes posteriores a la serie de Recesvindo, a la que en muchos momentos de la impresión de seguir, como las dos de Wamba del libro IV, sin que ello signifique propiamente una aproximación a la serie V»²⁵⁷, al carecer, por ejemplo, de *Liber* 6,1,3, «que dan en exclusiva todos los testimonios de esta serie V»²⁵⁸.

En resumen: de los manuscritos más antiguos, dos carecen de esta ley y un tercero la ofrece, sin atribución a un monarca, fuera del lugar, donde ha sido incorporada por otros manuscritos posteriores y donde la ha editado Zeumer. Añadamos, únicamente, que, aparte del Vegilano, que la incorpora en *Liber* 2,1,32, esta ley aparece en *Liber* 6,1,3 en un manuscrito del s. x ex.-xi, el V. 3 (= ms. núm. 8), y en un manuscrito del s. xii, que ha tenido como modelo, sin embargo, un manuscrito fechado en el 919. Todos los demás manuscritos que contienen esta ley o son del siglo xi o son posteriores. Este hecho, es evidente, no excluye que hayan copiado el texto de un manuscrito que remonte a una época anterior, pero también es evidente que de los tres manuscritos fechados sin duda alguna en el siglo x —V. 7, 13, 14—, sólo uno —V. 13— ofrece dicha ley, fuera de sitio y sin atribución a monarca alguno, mientras otros dos manuscritos, que en su origen son anteriores al siglo xi, uno de ellos —V. 6—, aunque remonte a un modelo fechado hacia el 919, no puede olvidarse que fue escrito en el

256. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 193.

257. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194.

258. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194 n. 86.

siglo XII²⁵⁹, mientras el otro —V. 3— está a caballo del siglo X y del siglo XI.

Estas afirmaciones no desvelan todas las dudas sobre esta ley. ¿Por qué V. 14, redactado en 992 no tiene esta ley, mientras se encuentra, aunque sea fuera del sitio habitual, en V. 13, redactado en el 976? Sería muy prometedor ver en V. 7 (= ms. núm. 12) uno de los más antiguos códices del monasterio de San Millán, llegado al mismo tiempo del primer establecimiento monástico en la Cogolla, como insinúa Días y Díaz²⁶⁰. Si esto fuese así, sería posible quizá ver en *Liber* 2,1,32 = *Liber* 6,1,3 una novedad de V. 13, que no fue aceptada por V. 14, teniendo además en cuenta que en V. 13 parece faltar *Liber* 6,1,2²⁶¹.

Independientemente del valor que quiera darse a estas afirmaciones —meras hipótesis— es necesario tener presente una cosa: ninguno de los manuscritos que ofrecen la tantas veces mencionada ley es anterior a los primeros testimonios del empleo de la prueba caldaria²⁶². Puede decirse que V. 6 remonta a un modelo del 919, mientras el primer testimonio de la ordalía del agua hirviente, si se remonta al 912, sin embargo, pertenece a

259. Que el modelo no tenía dicha ley, quizá pudiese demostrarse por el divorcio en la cantidad entre *Liber* 6,1,2 y *Liber* 6,1,3. Cf. supra p. 82.

260. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 194.

261. Esta posibilidad se vería reforzada, si las conclusiones de Vives y Fábrega en torno a estos dos códices —Vigilano y Emilianense—, en relación a sus calendarios, pudieran extenderse también al *Liber*: a partir de la idea de que el Emilianense ha debido copiar el calendario del Vigilano, dice los mencionados autores: «Una dificultad podría oponerse a esta conclusión: el Emilianense omite tres fiestas que se hallan en el Vigilano: las de San Mateo, Lucas y Nicolás, lo que no puede atribuirse a descuido del copista, sabiendo la exactitud con que éste transcribe el original. La explicación es sencilla: estas tres fiestas aún no estaban anotadas en E (=Vigilano) cuando lo utilizó el copista de E' (=Emilianense)» —tomamos la cita de Agustín MILLARES CARLO, *Manuscritos visigóticos. Notas bibliográficas* (Madrid-Barcelona 1963) 18—; *Liber* 2,1,32 sería entonces una adición realizada quizá con posterioridad al 992, fecha de terminación del Emilianense, lo que quizá explicaría su incorporación en dicho lugar. De todas maneras, no es necesario señalarlo, son puras hipótesis, aunque V. 14 fue realizado sobre V. 13 —DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 219—. Para la situación en la Rioja, vid. infra p. 120 n. 395 p. 214.

262. Vid. infra p. 118 ss.

Galicia. Indudablemente esta afirmación de que el empleo de la ordalía del agua hirviente aparece testimoniada en la práctica antes de que aparezca testimoniada en la tradición manuscrita del *Liber* la ley mencionada, se hace con carácter general, y con tal condición debe valorarse. De otro lado, hay también que señalar que no puede probarse que ya en el modelo del 919 se encuentre la mencionada ley, sin olvidar que su origen —parece proceder del Centro-Sur de las Galias—²⁶³ podría explicar fácilmente la incorporación de una pseudoley, referente a la prueba ordalíaca del agua hirviente, dado el ambiente social en que surgía.

Sin tratar de insinuar una posible influencia franca, aunque también sin negar la posibilidad de la misma, no puede prescindirse de algunos hechos: los testimonios más antiguos referentes a la ordalía del agua hirviente parecen proceder de la zona occidental de la península, pero todos ellos son posteriores al descubrimiento del sepulcro de Santiago. El manuscrito más antiguo conservado, donde se incorpora *Liber* 6,1,3, es el Vigilano —V. 13—, conocido también como Albeldense, redactado en este monasterio, dentro del radio de atracción del camino de Santiago. Pero del Monasterio de S. Millán de la Cogolla se conserva una alusión a la prueba caldaria del 940, mientras que del Monasterio de Albelda procede una noticia sobre el empleo de la misma ordalía fechada en el 978²⁶⁴. Finalmente el V. 3 (=ms. núm. 8), parece ser un manuscrito que llegó a Toledo a fines del x o principios del xi, procedente de otras regiones del Norte²⁶⁵.

Egica, además, tiene una serie de *novellae*, más o menos relacionadas con el problema de la prueba, en las que se guarda silencio sobre la posible utilización de las ordalías. Para combatir la perfidia de las viudas, que hacia fuera utilizan un traje religioso mientras hacia dentro utilizan un traje secular, determina que lo verdadero es lo que muestran a la vista de las personas, no lo

263. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 221.

264. Vid. infra p. 120 n. 395.

265. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 192, 220. Matizamos así nuestra afirmación de que los mss. que contienen *Liber* 6,1,3, son todos posteriores al año 1000, salvo quizá V. 3, válida para los manuscritos utilizados por Zeumer en su edición, y válida también para Cataluña, donde el ms. más antiguo que conserva esta ley es el llevado a cabo por Homobono de Barcelona.

que ocultan (*Liber* 3,5,6). También establece la presunción que la escritura refleje fielmente lo acordado entre las partes, mandando rechazar aquellas cláusulas que, no recogidas en los documentos, se quieren hacer valer por medio de testigos (*Liber* 2,5,18). Al regular la posibilidad de infamación de los testigos, Egica no establece por parte alguna la posibilidad de que se pueda recurrir a la ordalía para comprobar su afirmación (*Liber* 2,4,8), en otras palabras no hay la posibilidad de reptar al testigo, como se dirá en la Edad Media. Finalmente, dentro del proceso normal, desconocedor de la ordalía, se mueve *Liber* 2,5,19, vinculado al concilio XIII de Toledo del 683, en su canon segundo, donde se protege a los miembros del orden palatino frente a la posible expulsión de su situación, sin un previo proceso.

El único texto que podría ofrecer una cierta duda es la *novella* egicana, incluida en *Liber* 9,1,21, en la que se regula el problema planteado por los siervos fugitivos. La duda nace de la mención de una *examinatio poenalis*, que aparece exclusivamente mencionada en esta ley, al parecer: *Liber* 9,1,21 extiende la responsabilidad por dar refugio a un siervo no sólo a quien lo acoge, sino a todos los habitantes de un lugar, donde el fugitivo encuentre refugio; para librarse de esta responsabilidad colectiva, todos los habitantes deben reunirse, «qualiter mancipia ipsa fugitiva vivida indagatione perquirentes, aut per questionum tormenta, aut pro penali examinatione», con el fin de que los fugitivos manifiesten si son siervos o siervas y de quién, cuándo huyeron de sus dueños y de dónde vienen. Si no cumplen estas obligaciones, «et mancipia illa fugitiva nec etiam dominis suis reformare intenderint nec iudiciali examinatione exquirenda curaverint», los habitantes serán responsables de la ocultación de los fugitivos, si éstos son encontrados más adelante en el mencionado lugar.

¿Qué se entiende por *examinatio poenalis*? La ley parece obligar al pueblo a un examen atento de quien trata de encontrar refugio en el mismo, examen que puede llevarse a cabo «aut per questionum tormenta aut pro penali examinatione», es decir, con intervención del juez, como parece mostrar la misma ley, cuando señala que los habitantes del lugar incurren en responsabilidad si no realizan la investigación establecida o no pretenden devolver al dueño el siervo «nec iudiciali examinatione exquirenda curaverint», es:

decir, si no recurrieron a una investigación judicial. Es la misma obligación que se impone a quien acoge un fugitivo, pues aunque éste se declare ingenuo, «statim eum procuret iudicialiter exquirendum», a fin de que, por la intervención judicial, se demuestre si realmente es libre o siervo.

Todavía podemos encontrar esta identificación al final de *Liber* 9,1,21, cuando se regula la venta de un siervo por un desconocido: la venta no puede realizarse «nisi prius coram iudice vel bonis hominibus» se investigue si se trata de vender un siervo propio o ajeno, especialmente el vendedor debe manifestar dicha circunstancia, jurando lo que afirma «ac postmodum servus ille, quem venundare voluit, per examinationem pene cogatur transire»²⁶⁶. Es decir, que tras el juramento del vendedor y la investigación realizada, el siervo es obligado a sufrir la *examinatio poenae*. También aquí *per examinationem pene* es lo mismo que *per examinationem iudicialem*²⁶⁷. Dicho de otra manera, se estima que no es suficiente que el vendedor jure que el siervo es suyo, sino que éste tiene que ser sometido a la *examinatio poenae*, es decir, al examen judicial realizado por medio del tormento²⁶⁸.

El mismo contenido de *Liber* 6,1,3, finalmente, ofrece un carácter un tanto extraño. Para resolver la situación determinada por la existencia de delitos, cuya responsabilidad económica no superaba los 300 sueldos, por lo que su acusación no quedaba sometida a las prescripciones de *Liber* 6,1,2, en su redacción recesvindiana, se determina que el acusado²⁶⁹, por orden del juez, sea sometido

266. No puede por menos de traer a la memoria esta formulación el título de la fórmula descubierta por Gaudenzi y reproducida por Ureña: «Exorcismus de pena caldaria»—UREÑA, *Historia* cit. 579—. Aparte de las razones expuestas en el texto, debe señalarse, que, siendo la introducción de la ordalía del agua hirviente una novedad, no podría por menos de llamar la atención que en *Liber* 6,1,3, no se califique de pena caldaria, mientras en *Liber* 9,1,21 se habla de «per examinationem pene». Añádase la aparición conjunta de la ordalía del agua hirviente y del hierro candente, vid. infra p. 97.

267. Cf. la traducción castellana de *F. Juzgo* 9, 1, 21.

268. Dicho sea de paso, la influencia de estas leyes parecen mostrarse en las reglas monásticas, vid. *Reg. Isid.* 4, frente a *Reg. Fruct.* 21 y *Reg. Com.* 4.

269. Por su claridad seguimos aquí el texto ofrecido por el ms. V. 2. La aplicación de la ordalía del agua hirviente no la reserva la ley únicamente

a la prueba caldaria. Si de la misma se manifiesta la *facti temeritas*, el juez deberá someter al acusado a tormento. Esta última decisión impide ver en esta prescripción una regulación de la prueba caldaria en tanto ordalía, ya que el resultado de la misma no prueba la culpabilidad o la inocencia del que se somete a dicha prueba; si el probante no la supera, deberá ser sometido a tormento, remedio que quedaba excluido por *Liber 6,1,2*, como hemos visto, a fin de que confiese su culpa.

La redacción del ms. V. 2 muestra claramente la configuración de la prueba caldaria como un primer paso para la aplicación del tormento en aquellos casos en que no está permitido, pero no como una ordalía. Si el resultado de la prueba caldaria era favorable al acusado, «nullam enim executionem abinceps iubentur constringi, quos novimus Dei iudicio occulto reservari». En esta frase se refleja la idea de que los hombres no pueden conocer los secretos juicios de Dios²⁷⁰, pero se destaca, al mismo tiempo, la exclusión de esta prueba caldaria del campo de las ordalías: la verdad o la falsedad de una afirmación no se descubre a través del resultado de la realización de la prueba, gracias

para el acusado, sin pruebas, sino que la extiende en su parte final también a los sospechosos: «Hic quoque et suspectis habendis personis (id est de vilibus scilicet et infamia notatis), qui ad testimonium venerit dicendum, ordo servabitur». Entre paréntesis hemos colocado la adición de la edición de Pithou. Prescindimos de esta parte de la ley por no afectar a nuestra argumentación; en todo caso, mostraría su carácter no visigodo. ¿Qué se entiende por personas sospechosas, que vinieran a manifestar su testimonio? Si pensamos en testigos—en quienes pensaba quizá el redactor de esta pseudoley—, esta regulación no puede armonizarse con las leyes recogidas en *Liber 2,4*, que excluyen, a los que podríamos calificar de personas sospechosas, de la prestación de testimonios o los somete al tormento. ¿Se aplicará a los acusados sospechosos? La posibilidad de que se refiera al acusado debe quedar excluida del mismo tenor de la ley, pese a que esta regulación pueda traer a la memoria lo establecido en el concilio triburiense (vid. infra n. 396-397). Quedaría así la última posibilidad: se someterá a esta ordalía el acusador sospechoso, pero esta decisión no parece tener mucho sentido, sea por la grave pena que se reserva al acusador temerario en *Liber 6,1,2*, sea porque entonces ya no tendría razón de ser la aplicación al acusado, si el acusador, al superar la prueba, demuestra la verdad de sus afirmaciones.

270. Vid. infra p. 98 ss.

a una intervención divina; si la prueba es desfavorable para el acusado, éste sólo podrá ser condenado, si confiesa en el tormento; si la prueba es favorable al acusado, éste escapa al tormento, pero no por ello se le reconoce su inocencia; escapa a la justicia humana, pero no a la justicia divina.

El empleo de la prueba caldaria, tal como aparece en *Liber* 6,1,3, es el resultado de un mandato del juez, mostrando así una regulación alejada de la propia del proceso germano, donde eran las partes quienes decidían sobre la prueba a utilizar²⁷¹. Esta intervención del juez contradice igualmente las afirmaciones de Erlér; para este autor en las ordalías de defensa es el acusado quien pide ser sometido a la misma²⁷².

En conclusión, parece extraño que si Egica pretendía reconocer una institución consuetudinaria germana, lo llevase a cabo de forma tan peculiar: su empleo se limita a la posible acusación de los delitos menos importantes, cuando el acusador no puede probar los mismos; la regulación de esta prueba caldaria la excluye del campo de las ordalías, sea desde el punto de vista germano, sea desde el punto de vista medieval. Afirmar que se trata de una pseudoley, surgida en la época medieval, quizá no sirva para resolver de forma clara estas contradicciones, pero las hace más comprensibles. En una época en la que se utilizaba la ordalía del agua hirviente, pero en la que al mismo tiempo se manifestaba cierta oposición a su empleo, es posible que el presunto introductor de *Liber* 6,1,3, tratase de armonizar la situación de hecho y la legislación visigoda, dentro del posible respeto a la posición contraria. Introduce así la ordalía por el único resquicio dejado abierto por la legislación visigoda: la acusación de los delitos menores, cuando el acusador carecía de pruebas, pero desvirtúa, al mismo tiempo, la prueba caldaria, prescindiendo de aquel elemento que convertía la ordalía en una tentación a la divinidad²⁷³: si el acusado no superaba la prueba sería sometido

271. Vid. BRUNNER *DRG* I 256; II 543, 546.

272. ERLER, *Die Gottesurteil* cit. 1769, pero véanse ya las excepciones señaladas por REHFELDT, *Rec. cit.* 396.

273. En la prohibición de las ordalías contenidas en los fueros de Aragón se dice: «Ad honorem eius qui dixit, non tentabis dominum Deum tuum».

a tormento, a fin de que confesase su culpabilidad. La prueba caldaria, tal como se recoge en *Liber* 6,1,3, no es una ordalía, sino, como ya hemos dicho, un medio destinado a permitir la aplicación del tormento, en aquellos casos excluidos por la legislación visigoda. Se comprende igualmente mejor el silencio en torno a la forma de realizarse la prueba caldaria, puesto que se alude a una práctica habitual en la Edad Media²⁷⁴.

En íntima relación con este último punto, está la terminología utilizada por la ley, que nos permitirá al mismo tiempo ocuparnos de otra norma, que atribuye Zeumer a la época medieval, relacionada, al parecer, con *Liber* 6,1,3, así como de una fórmula, existente en el ms. de Holkham, editada por Gaudenzi y reproducida por Ureña.

El epígrafe de *Liber* 6,1,3 dice «quomodo iudex per examen

—SAVALL-PENEN I 344=F. Aragón 330—. Esta frase procede de las Sagradas Escrituras—Deut. 6, 16; Mt. 4, 7; Lc. 4, 12—.

274. No creemos que esto pueda invocarse, como hemos dicho, en el caso de haber sido Egica el autor de la ley; la práctica consuetudinaria de la ordalía, según la posición germanista, era combatida y sólo podía existir extrajudicialmente; ya resulta difícilmente admisible una práctica probatoria extrajudicial, pero, aun en el caso de quererse admitir tal posibilidad, es evidente que los jueces regios, únicos reconocidos, aplicarían el proceso de la legislación visigoda, por lo que no conocerían la forma de realizarse dicha prueba caldaria. Frente a un derecho legal es posible defender la existencia de un derecho consuetudinario, pero frente a un proceso oficial sólo es posible que se consolide un proceso consuetudinario, allí donde el proceso oficial ha entrado en crisis, es decir allí donde el poder público ha renunciado o es impotente para actuar su jurisdicción, como ocurrió a partir del siglo XI en Cataluña, nada de esto parece que pueda afirmarse de la época visigoda, aunque haya habido los abusos habituales. Finalmente, digamos que la atribución a Egica de esta ley resulta difícilmente admisible, si tenemos en cuenta la variedad en el empleo de la ordalía del agua hirviente; si aceptamos los presupuestos germanísticos, esta variedad tiene que remontarse a la época visigoda, por lo que entonces sería aún más extraño el silencio egicano en torno a la forma de realizarse la prueba caldaria; si admitimos que la aparición de la ordalía en la península es un fenómeno medieval, esta objeción puede superarse fácilmente: el introductor de la pseudoley arranca de su situación concreta y lleva a cabo su falsificación para resolver los problemas de su ámbito concreto; la forma de realizarse la prueba no tiene entonces ningún valor, al ser conocida por sus vecinos.

caldarie causam perquirat», salvo en la edición de Pithou, donde aparece «per examen aquae ferventis». «Examen caldariae» o «examinatio caldariae» se utiliza en el texto de la ley, aunque en la edición de Pithou aparece «examinatio aquae ferventis» o «examen aquae ferventis».

Helfferich, en base a la edición de Lindenbrog, que repite la de Pithou, había indicado que frente a «examen/examinatio aquae ferventis», que aparece en la mencionada edición, los manuscritos peninsulares hablaban de «examen/examinatio caldariae», terminología que aparece indistintamente en los documentos medievales para aludir a la misma cosa. Concluía afirmando que, aun siendo la prueba caldaria de origen tardío, sin embargo no se atrevía a seguir a Martínez Marina en la atribución de la ley a la época posterior, aunque debía reconocerse que debió nacer sólo en la última época del reino visigodo ²⁷⁵.

Con los datos que hemos podido reunir de la época medieval, puede señalarse que los testimonios más antiguos, de la zona occidental de la península hablan de acudir «ad pena caldaria» ²⁷⁶; los testimonios más antiguos, procedentes del monasterio de Albelda y de San Millán, se limitan a señalar que «nulla calda fiat» ²⁷⁷ o que el acusado introduzca la mano «in calda» ²⁷⁸. «Caldaria» y (aqua) calida/calda» parece ser la terminología habitual en los tiempos posteriores, y se utiliza igualmente en el resto de la península, aunque al parecer entra en desuso el término caldaria.

Frente a esta terminología, los documentos catalanes más antiguos a partir del 988, hablan de pedir juicio de Dios «per examine caldariae» en el 988 o el acusado proclama su deseo de «se examinare ferventi aqua ad dei iudicia» en el 1016 ²⁷⁹. En época posterior, al parecer, se prefiere el término «iudicium aquae calide».

A la vista de estos textos, todo hablaría por una redacción de la pseudoley en Cataluña, pero contra esta posibilidad se alza la

275. HELFFERICH, *Entstehung* cit. 287 n. 134.

276. Cf. los testimonios de 927, 946 (simplemente «et pena»), 953 («pena kaldaria; in kaldaria»), 973, 987 (?); probablemente también 915 (mencionado por Risco) y 995; falta toda denominación en 912. Vid. infra n. 395.

277. Vid. infra n. 395.

278. Vid. infra n. 395, para el 978.

279. Vid. infra n. 388.

aparición de *Liber* 6,1,3 en V. 13, redactado en el 976, salvo que pueda demostrarse que ha sido incorporada dicha ley, fuera de su lugar normal de aparición, con posterioridad al 992, fecha de redacción de V. 14, que procede del anterior ²⁸⁰.

De todas formas la terminología empleada no es suficiente para determinar la fecha de redacción de la mencionada pseudoley, pues habría que concluir igualmente que en época antigua debió redactarse igualmente el aditamento publicado por Zeumer y la fórmula publicada por Gaudenzi.

Liber 6,1,3 calla, como hemos dicho, sobre la forma de realizarse la prueba caldaria, aunque Brunner ²⁸¹ se inclina a pensar que durante la época visigoda la prueba caldaria debió realizarse de acuerdo con la prescripción que hemos mencionado, publicada por Zeumer, y ya antes por la Real Academia ²⁸².

Este aditamento aparece vinculado a la ley 18 del título 2, del libro 12 del *Liber*, hecho que no permite afirmar sin más la inexistencia de *Liber* 6,1,3 ²⁸³, pero de todos modos refuerza la hipótesis de que dicha ley no aparecía en los manuscritos del *Liber* de la época de Egica. Según las indicaciones de Zeumer este aditamento aparece sólo en dos manuscritos: el V. 9 y el V. 15. El ms. V. 9 procede del siglo XIV, según la datación de Zeumer, pero según Díaz y Díaz procede del siglo XII ²⁸⁴; en este manuscrito no se recoge *Liber* 6,1,3. El ms. V. 15 fue fechado por Zeumer en el 1020, pero parece haber sido redactado en 1058 ²⁸⁵; incorpora igualmente *Liber* 6,1,3.

280. Vid. supra n. 261. Esta posibilidad se vería reforzada por un hecho, quizá carente de importancia, pero sugestivo: el juez que soluciona el proceso del 988 es Homobono de Barcelona, vinculado de forma estrecha al ms. V. 8 del *Liber* —para esta intervención vid. Fernando VALLS-TABERNER, *El «Liber iudicium popularis» de Homobono de Barcelona*, en *Obras Selectas*. II. *Estudios histórico-jurídicos* (Madrid-Barcelona 1954) 235-246 (= en *AHDE* 2 (1925) 200-212).

281. BRUNNER *DRG* I 262; II 545 n. 34.

282. *Liber* p. 463; Cf., sin embargo, la corrección propuesta por UREÑA, *Historia* cit. 99-100. Sin embargo, es dudoso que ésta fuese la práctica observada de forma generalizada en la península. Vid. infra p. 175 ss.

283. Cf. UREÑA, *Historia* cit. 537.

284. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 167.

285. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 169, 197.

Si vinculamos ambos textos, tal como hace Brunner, difícilmente podemos explicarnos esta pobre transmisión, pero sin el complemento que representa este aditamento difícilmente podemos explicarnos *Liber 6,1,3*, que supondría una modificación del sistema probatorio visigodo, introduciendo una nueva prueba, desconocida hasta el momento en la legislación, sin especificar la regulación de su empleo. Afirmar que la ordalía del agua hirviente se conocía de forma consuetudinaria es una hipótesis privada de todo fundamento; además, no puede prescindirse del hecho de que se pasa de un régimen legal, donde no se empleaban las ordalías, a un nuevo régimen, también legal, donde se reconoce la prueba caldaria, lo que exigiría, en todo caso, una regulación de su forma de llevarse a cabo, de la misma manera que se especifica en qué casos es posible utilizarla.

Pensar que la alusión a la utilización de la prueba caldaria en *Liber 6,1,3* sería suficiente para determinar la forma de realizarse dicha prueba chocaría con un hecho evidente: la Edad Media hispánica testimonia la existencia de una forma variada de realizar la prueba caldaria²⁸⁶, lo que hablaría, en todo caso, contra una tradición unitaria visigoda, sobre todo si partimos de los presupuestos de la escuela germanista.

Si prescindimos del ms. V. 9, según la enumeración de Zeumer, que es el ms. núm. 14 de la enumeración de Díaz y Díaz, por ser más tardío y por ser aventurada su posible ubicación²⁸⁷, nos encontraríamos con que el primer testimonio de este aditamento se remonta al 1058; se trataría del ms. V. 15 (=ms. núm. 20), un manuscrito escrito en el reino de León, aunque quizá proceda de una zona cercana a Sahagún, copiado a partir de un manuscrito redactado en la Rioja, que quizá permita remontarse a un más antiguo modelo catalán²⁸⁸. Estos datos no obligan a pensar que el aditamento se encontraba ya en su modelo, como tampoco *Liber 6,1,3*. La aparición de esta ley, creemos, excluye que el posible modelo se remonte más allá del siglo x, salvo que proceda de una zona catalana en contacto con el mundo franco²⁸⁹. Más bien creemos que el

286. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 134 n. 115, pero cf. infra p. 175 ss.

287. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 221.

288. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 197 ss.; 215.

aditamento ha debido ser incorporado en el reino de León para completar la pseudoley contenida en *Liber* 6,1,3, dada la regulación de la prueba caldaria que ofrece, quizá en un ambiente eclesiástico, si no prescindimos de la afirmación contenida en el mismo «Hacc est in quinquagesimo canone de coercitione principum et episcoporum auctorica regula»²⁹⁰.

Con estas conclusiones podemos ya ver inmediatamente lo desafortunado de calificar de fórmula visigoda la encontrada en el ms. de Holkham, publicada por Gaudenzi y reproducida por Ureña²⁹¹.

Esta fórmula lleva el epígrafe de «Exorcismus de pena caldaria», pero en su inicio se afirma «Exorcizo te aqua calida et ferreum igneum», acomunando así la ordalía del agua hirviente y la del hierro candente, tal como hacen algunas fórmulas²⁹², práctica a la que alude Brunner²⁹³. Si no olvidamos que este manuscrito procede de fines del siglo XII o principios del XIII, habiendo ya utilizado su autor el Decreto de Graciano²⁹⁴, es indudable que lo más correcto es poner en duda su vinculación al mundo visigodo. Vincularlo al mismo supondría afirmar el empleo, durante la época visigoda, de la ordalía del hierro candente, una ordalía muy tardíamente testimoniada en la península²⁹⁵.

No parece exagerado concluir que la época visigoda no ofrece testimonio claro alguno del empleo de las ordalías, mientras que todos los datos hablan en favor de su desconocimiento en la mencionada época. Ahora bien, una cosa es no utilizar las ordalías dentro del proceso, como medio de prueba, y otra cosa es negar que no existiera durante la época visigoda un pensamiento que podríamos llamar preordaliaco. Como vamos a ver a continuación, durante

289. Para la datación del manuscrito vid. DÍAZ Y DÍAZ, *La lex* cit. 198-199; antes del siglo X no existe testimonio alguno del empleo de la ordalía del agua hirviente en la península, al menos que conozcamos, vid. infra p. 118 ss.

290. Para una mejor datación sería necesario la identificación de esta regla, así como de la afirmación final del texto: «Mancipium, dum quindecim annos habuerit, mittat manum in caldaria, usque in XVII. annum ipsa est pueritia». Vid. infra p. 176.

291. UREÑA, *Historia* cit. 579-580.

292. ZEUMER, *Formulae* cit. 608.

293. BRUNNER *DRG* II 546.

294. UREÑA, *Historia* cit. 546.

295. Vid. infra p. 115.

la época visigoda es posible detectar una creencia en la intervención de la divinidad en la vida de los hombres, con el fin de restaurar la justicia violada.

Para la aparición de este pensamiento preordalíaco tuvo gran importancia un cambio en la mentalidad en cuanto a la creación del derecho. Con el triunfo del poder regio y la consolidación del poder eclesiástico, se configura el derecho como una tarea propia del monarca, quien es el único creador del derecho; pero en esta su actuación aparece vinculado al derecho divino, interviniendo como control de esta adecuación del derecho humano al derecho divino la Iglesia visigoda²⁹⁶. Esta nueva visión del derecho teóricamente puede mantenerse, y de hecho, parece ser que se mantuvo entre los eclesiásticos, pero es bien fácil ver que se puede caer en el peligro de ver en Dios al único creador del derecho, y al mismo tiempo convertirlo por ello en el máximo juez, en el juez supremo. Se incurre más fácilmente en esta confusión, al traducir los principios teóricos a situaciones prácticas, haciendo alcanzar a aquellos, fuera de su contexto, un valor que no tenían.

A partir del hecho de que Dios es inmenso e omnipotente²⁹⁷, resulta que todas las cosas están sometidas a su juicio divino; nadie puede escapar a Dios, nadie puede huir de su ira²⁹⁸, desde el momento en que la humanidad está sometida a su juicio²⁹⁹. Cristo conoce el día del juicio, pero no ha querido comunicarlo³⁰⁰ y este juicio no se limita al otro mundo: tiene su inicio en este mundo, cuando los elegidos del señor son juzgados a través de los sufrimientos, aunque los impíos recibirán en la vida futura la condenación eterna³⁰¹. Así se explica la doble cara del juicio divino: por

296. Vid. trabajo citado en n. 4, p. 160 ss.

297. Isid. *Sent.* 1,2: «Quod immensus et omnipotens sit Deus».

298. Isid. *Sent.* 1,2,2: «cuncta enim intra divini iudicii omnipotentiam coarctantur, sive quae continenda sunt, ut salva sint, sive quae amputanda sunt, ut pereant. Nullatenus ergo (dicimus) posse effugere Deum quempiam. Qui enim eum non habet placatum, nequaquam evadere potest iratum».

299. Oros. I prol. 15: «Exceptis videlicet semostique illis diebus novissimis sub fine saeculi et sub apparitione Antichristi vel etiam sub conclusione iudicii». Cf. *Reg. Leand.* Intr. —ed. cit. 29—.

300. Isid. *Sent.* 1,27,1.

301. Isid. *Sent.* 1,27,2: «De domo Domini, sicut scriptum est, incipit iudi-

un lado los hombres son juzgados en esta vida y en la futura; por otro lado, son juzgados en esta vida, para no serlo en la futura ³⁰².

Para instaurar la justicia en la tierra han sido creados los reyes; su única razón de ser es precisamente imponer por el terror la justicia ³⁰³. Esta es la tarea de los reyes, pero la justicia se identifica con Dios —*iustitia, que Deus est*— ³⁰⁴: quienes rechazan el juicio de los hombres, sufrirán con mayor rigor el juicio divino ³⁰⁵.

Dios, en cuanto es la justicia, es así la garantía del castigo final de los injustos y del premio de los justos: los hombres pueden escapar, por medio de subterfugios a la justicia humana, pero no pueden huir ni a su conciencia ni al juicio final ³⁰⁶; además, si la justicia de los hombres puede equivocarse, Dios no yerra nunca en su juicio ³⁰⁷.

Sin embargo, los juicios de Dios son ocultos y secretos, no pudiendo ser conocidos ni por los ángeles ni por los hombres; deben ser así temidos y respetados, sin que sea permitido el discutirlos o el examinarlos ³⁰⁸. Nadie puede estar seguro del juicio de Dios ³⁰⁹

cium, quando electi, id est, domus Dei, hic per flagella iudicantur. Impii vero illic ad damnationem iudicandi sunt». Isid. *Sena.* 3,1,3.

302. Isid. *Sent.* 1,27,7: «geminum est divinum iudicium: unum quo et hic iudicantur homines, et in futuro; alterum, quo propterea hic iudicantur, ne illic iudicentur. Ideoque quibusdam ad purgationem temporalis proficit poena; quibusdam vero hic inchoat damnatio, et illic perfecta speratur perditio».

303. Vid. trabajo citado en n. 4, p. 162.

304. *Liber* 2,4,8.

305. Isid. *Sent.* 3,32,7: «Est quorundam excusatio perversorum, qui, dum pro suis facinoribus arguuntur, verba iustorum pro censura declinanda abiciunt, servant se divino iudicio, quo puniendi sunt durius, dum temporaliter contemnunt iudicari se ab hominibus».

306. Isid. *Sent.* 2,26,3: «Quamvis humana iudicia subterfugiat omnis qui male agit, iudicium tamen conscientiae suae effugare non potest, Nam etsi aliis celat quod egit, sibi tamen celare non potest, qui plene novit malum esse quod gessit. Duplex fit ergo in eo iudicium, quia et hic suae conscientiae reatu punitur, et illi perpetuali poena damnatur».

307. Isid. *Sent.* 2,27,4: «Saepe quae apud hominum iudicium bona apparent, apud examen diligentissimi et acutissimi iudicis reproba deteguntur. Ideoque omnis sanctus veretur ne forte bonum quod agit, pro aliqua animi intentione in oculis Dei reprobum sit». Braul. *Ep.* 44 —ed. Riesco p. 166 ss.—.

308. Isid. *Sent.* 1,3,2: «Intelligibiliter quodam miro modo Dei essentia sciri potest, dum esse creditur. Opus vero eius, quod utique acquari ei non

El hombre no puede conocer los juicios secretos de Dios, pero ve cómo en esta vida los malos parecen escapar al castigo divino³¹⁰, mientras quienes aman a Dios, si pecan, sufren una pena mayor³¹¹. Si por juicio oculto de Dios los malvados son entregados en poder de los demonios³¹², la justicia divina puede también permitir que los elegidos caigan en el pecado³¹³, así que el hombre debe lamentarse constantemente, para evitar, por juicio secreto de Dios, ser entregado al poder del demonio³¹⁴. Todo ello puede conducir incluso a que los buenos sean juzgados por los malos, pero esto sucede para que en la otra vida los buenos juzguen a los malos, lo que quiere decir que los buenos, a través de los sufrimientos de esta vida, alcanzarán la salvación eterna³¹⁵. Por ello los ingenuos no deben asustarse del triunfo de los malos y de

potest, atque iudicia a nullo penitus sciuntur. Dei secreta iudicia non posse sensu penetrari, vel angelico, vel humano (constat). Et ideo quia occulta, sed iusta sunt, tantumdem venerari ea opus est, et timere, non discutere, aut inquirere, secundum Apostolum, qui ait: "Quis enim cognovit sensum Domini, aut quis consiliarius eius fuit"».

309. Isid. *Sent.* 3,62: «Quavis enim quis in hac vita sit iustu, tamen dum ex corpore isto egreditur, pertimescit ne dignus supplicio sit. Nullus enim homo absque peccato; nec aliquis potest de Dei esse securus iudicio, cum etiam et de otiosis verbis reddenda sit ratio». Isid. *Sent.* 3,19,4.

310. Isid. *Sent.* 3,1,9: «Saepe occulte Dei iudicio extra flagelli correptionem sunt reprobis in hoc mundo: dumque multa damnabilis commisisse videantur, despecti tamen a Deo, nullo emendationis verbere feriuntur».

311. Isid. *Sent.* 3,1,10: «Plus corripitur flagello, qui a Deo diligitur si peccaverit, dicente Amos propheta: «Tantummodo vos cognovi ex omnibus nationibus terrae, idcirco visitabo super vos omnes iniquitates vestras». Quem enim diligit Dominus corripit, flagellat autem omnem filium quem recipit».

312. Isid. *Sent.* 2,15,5: «Quidam reproborum in potestate daemonum occulto Dei iudicio et iustissimo rediguntur».

313. Isid. *Sent.* 2,15,6: «Quidam electorum dimittuntur divina iustitia incidere in errorem peccati, sed tamen miseratione eius reducti denuo convertuntur».

314. Isid. *Sent.* 2,15,3: «Ingemiscendum est iugiter, et, postposita securitate, legendum, ne Dei secreto et iusto iudicio deseratur homo, et perendus in potestate daemonum relinquatur. Nam revera, quem Deus deserit daemones suscipiunt».

315. Isid. *Sent.* 3,57,6: «Propterea in hac vita boni iudicantur a malis, ut iterum in illa vita mali iudicentur a bonis; sive ut etiam hic bonis temporalis afflictio, et illic aeterna remuneratio».

la derrota de los buenos: el triunfo de los malos no es más que un aparente triunfo, ya que reside en una felicidad, temporal y frágil, que empalidece ante la condenación eterna que les espera ³¹⁶.

Desde esta afirmación del carácter secreto de los juicios divinos poco camino quedaba abierto para la utilización o nacimiento de las ordalías. Precisamente a partir del carácter secreto de los juicios divinos, Agobardo rechaza el empleo de los juicios de Dios. Nada sucede en el mundo, si no es por voluntad divina, pero pertenece al secreto del juicio de Dios que sean los buenos los que mueren a manos de los malos, y a ninguno de los hombres se le permite conocer por qué Dios permite que esto suceda ³¹⁷.

Sin embargo, esta exclusión de los hombres de los juicios divinos no es tan tajante como muestra el planteamiento que hemos visto. La Biblia impone ciertas restricciones. El mismo Agobardo señala que si el creador del mundo, Dios, hubiera querido que la verdad de los juicios en las cosas ocultas se revelase por muertes recíprocas —duelos—, no hubiese mandado que se estableciesen jueces en las ciudades, ni que las causas se resolviesen por medio de testigos o, faltando éstos, por medio del juramento; ni tampoco hubiese establecido el recurso a las aguas amargas, ni que, cuando descubriese un cadáver, que los representantes de la ciudad más próxima se lavasen las manos y protestasen frente a Dios de no haber derramado sangre inocente, ni David hubiese podido frente a Saúl recurrir al medio ideado para salvarse, sino que Dios simplemente hubiese mandado recurrir al duelo, o a la ordalía del agua o del hierro o, finalmente, a la ordalía de la cruz ³¹⁸.

De otro lado, Dios castiga en este mundo, y sus castigos son manifestación de esta intervención de la divinidad en la tierra: de

316. Isid. *Sent.* 3,57,13: «Quidam simplicium nescientes dispensationem Dei, in malorum profectibus scandalizantur, dicentes, iuxta prophetam: «Quare via impiorum prosperatur, bene est omnibus qui praevaricantur et inique agunt?». Qui ergo hoc dicunt, non mirentur quod pravorum hominum temporalem et caducam felicitatem aspiciunt; sed magis novissima eorum intendant, quanta illis post haec aeterna supplicet praeparentur, dicente propheta: "Ducunt in bonis dies suo, et subito ad inferna descendunt"».

317. Agob. *Liber contra iud. dei* 5 —ed. cit. col. 253-254—. Cf. que utiliza los mismos argumentos de Isidoro de Sevilla. Cf. supra p. 77.

318. Agob. *Lib. contra iud. dei* 1—ed. cit. col. 250-251—.

la misma manera que examina la conciencia, como testigo, impone, exteriormente, penas, como juez³¹⁹, es más, a veces la oración de los elegidos puede provocar una intervención divina, a fin de lograr la salvación de los impíos; Dios salvó a los tres jóvenes del fuego, con el fin de lograr el reconocimiento del verdadero Dios por Nabucodonosor³²⁰.

Aun admitiendo que los juicios divinos son secretos, que los hombres no pueden conocerlos y que no se permite indagarlos, sin embargo, es posible compaginar estas afirmaciones con el intento de ver en los sucesos de la vida de los hombres la manifestación de la providencia divina, así como de pedir la ayuda de Dios en los momentos de dificultad.

Las cosas que suceden en el mundo no son más que manifestación de la providencia divina, y a través de las mismas pueden conocerse sus designios. No es otra la finalidad que se propuso Orosio, en su obra³²¹, sin olvidar que los juicios divinos son secretos, aunque a través de la historia pueden revelarse en parte los mismos³²²; puede así configurarse la quema de la pentapolis, entre ellas de Sodoma, «testem iudicii sui futuram»³²³.

De la misma manera que, como hemos visto, en determinados fenómenos naturales o determinados sucesos puede verse el signo de acontecimientos futuros, provocados por la providencia divina, también puede intentarse ver en determinados acontecimientos la manifestación del juicio divino, o poniendo en relación los ataques sufridos por la Iglesia con la muerte de sus atacantes³²⁴ o destacando que quien expulsa del reino al titular, no tardará en perder

319. Isid. *Sent.* 3,1,1: «Divinae Sapientiae subtilitas, sicut interius, ut testis, scrutatur conscientiae, sic exterius, ut iudex, irrogat poenas; ut verum sit testimonium prophetae: "Quia ipse est et testis et iudex"».

320. Isid. *Sent.* 3,27,22: «Ideo interdum oratio electorum in pressuris eorum differtur, ut impiorum perversitas augeatur. Verum dum iusti temporaliter audiuntur, pro eorum fit salute qui eos affligunt, ut dum illis temporali remedio subvenitur, pravorum oculi ad conversionem aperiantur. Unde et trium puerorum frigidus ignis fuit, ut Nabuchodonosor Deum verum agnosceret. Sicut et propheta in Psalmis sit: "Propter inimicos meos eripe me"».

321. Vid. por todos el prólogo de Lippold, a su edición de Paulo Orosio.

322. Oros. 2,3,4-5.

323. Oros 1,5,9.

324. Hid. 90.

el trono a mano de Leovigildo³²⁵ o contraponiendo la conquista del cielo, por quien supo defenderse de las insidias arrianas, frente a la muerte, de quien llevó una vida ignominiosa³²⁶. Otras veces, este juicio divino se manifiesta expresamente, así cuando tras narrarse los ataques de Gunderico, rey de los vándalos, a las iglesias, se destaca que «mox dei iudicio daemone correptus interiit»³²⁷ y también a un juicio oculto de Dios se debe que el tirano Paulo haya perdido su reino, el mismo día que Wamba había sido elegido rey³²⁸ y el castigo de los militares, que no respetaron sus órdenes, lo lleva a cabo Wamba para evitar el juicio de Dios³²⁹. Se adquieren así las victorias por la mano del señor³³⁰ y al Señor deben agradecerse las victorias³³¹.

Esta intervención divina se hace fuera de un proceso, pero, además, es manifestación de la providencia divina, no del intento de los hombres de utilizar para sus fines a la divinidad. Esta intervención se manifiesta igualmente, cuando la voluntad de Dios impide que los impíos puedan dar muerte a sus elegidos; de esta manera Masona logra escapar a la muerte, al impedir la intervención de Dios que Witericus logre extraer de la vaina su espada para dar muerte al obispo³³².

Incluso la intervención divina puede tener lugar para evitar las secretas intenciones de Leovigildo, que, tras condenar al exilio a Masona, pretende que este parta montado en un caballo salvaje, para que cause su muerte³³³.

La confianza en Dios, a través de la oración, ha permitido así que Masona logre evitar el artificio tendido por el monarca. Esta confianza en Dios explica también la conversión del suceso de Susana en los autores visigodos. La narración bíblica muestra cómo

325. Isid. *h.g.* 92. Cf. Isid. *h.g.* 9; Oros. 7,33,10 ss.; 7,33,19.

326. Isid. *h.g.* 79.

327. Hid. 89=Isid. *h.g.* 73.

328. Iul. *Hist. Wamb.* 20.

329. Iul. *Hist. Wamb.* 10.

330. Iul. *Hist. Wamb.* 12.

331. Iul. *Hist. Wamb.* 25; cf. 30, 34. Los santos llegan a realizar las mismas funciones—Isid. *h.g.* 45.—

332. Vit. *PP. Emer.* 39. Cf. Vit. *Fruct.* 2.

333. Vit. *PP. Emer.* 31

tras su condena a muerte, Susana se dirige a Dios, para indicarle que iba a morir por el falso testimonio de los dos ancianos, provocando así la intervención de un niño, que induce a comprobar el testimonio de los ancianos (Dn. 13); Leandro de Sevilla puede decir que Susana no quiso defenderse por su propia boca, siendo defendida por juicio divino³³⁴.

Estamos aquí ante un grito de desesperación dirigido a la divinidad, que pone de manifiesto la injusticia que se va a cometer, pero sin pedir una intervención directa de Dios. Un paso más adelante hacia la configuración de un pensamiento ordalíaco parece haberse dado en otra ocasión. Gregorio, obispo de Iliberris, estando a punto de ser depuesto como obispo por Osio, pide la intervención de Dios, no para evitar penas y sufrimientos, sino para que muchos escapen al error; esta petición es oída, ya que Osio muere repentinamente, antes de realizar sus propósitos³³⁵.

Otro paso más parece haberse dado en otra ocasión. Montano, obispo de Toledo, para rechazar y mostrar la falsedad de una acusación de adulterio, no duda en colocar carbones encendidos en sus vestiduras³³⁶. No estamos todavía ante el empleo de las ordalías, pues Montano recurre a tal procedimiento para restablecer su fama, empañada por un calumnioso rumor. No hay, en sentido exacto, una acusación de adulterio ante los tribunales de justicia, de la que el acusado se libera acudiendo a una ordalía, pero la conducta de Montano muestra que los tiempos estaban maduros para el empleo de la ordalía.

Se podría hablar así de testimonios de un pensamiento preordalíaco, pero no se puede afirmar que entre los visigodos exista testimonio alguno del empleo de la ordalía dentro del proceso.

Los visigodos conocieron la intervención de la divinidad en los asuntos de los hombres, pero no utilizaron la ordalía, en tanto juicio de Dios, como elemento probatorio dentro del proceso.

334. *Reg Leand.* 8. Cf. *infra* p. 207 n. 730.

335. *Isid. de vir. ill.* 1—ed. Codoñer p. 134—.

336. *Ild. de vir. ill. praef.*; 2—ed. Codoñer p. 112 s.; 130—. En este suceso, antiguamente, se vio el origen de la ordalía del hierro candente; de tal opinión parece haber sido Ambrosio de Morales, según recuerda Yanguas—José Yanguas y Miranda, *Diccionario de Antigüedades del reino de Navarra I* (Pamplona 1964. Reed. de la ed. de 1840) 538 n. 2 s.v. juicios.

11. La época visigoda, si no estamos equivocados en nuestras apreciaciones, no ha podido transmitir a la Edad Media hispánica la práctica del empleo de las ordalías como medio de prueba, por ser desconocida en la misma. Esta afirmación puede formularse, si se quiere, desde otro punto de vista: no queda ningún testimonio de la época visigoda, que permita afirmar el empleo de las ordalías, como medio de prueba, en el reino visigodo; sólo quedan testimonios de un pensamiento que podemos calificar de preordaliaco.

Esta conclusión puede encontrar una confirmación en los datos que se recaban de la Alta Edad Media hispánica. Durante los primeros tiempos, tras la desaparición de la monarquía visigoda, las fuentes guardan silencio sobre el empleo de las ordalías. Al estudiar la persistencia del proceso visigodo en Cataluña, habíamos destacado que antes del 1020 no se encontraban en las fuentes catalanas testimonios que denotasen el empleo de las ordalías en los procesos salvo en dos ocasiones, una en el 988 y otra en el 1016, en las que se utiliza la ordalía del agua hirviente³³⁷.

Esta afirmación, con matizaciones como veremos, es válida para toda la península. Señalemos, sin embargo, que no pretendemos estudiar en este momento el empleo de las ordalías en la Edad Media hispánica, sino únicamente cuestionar la explicación habitual que se ha dado de su aparición. Las afirmaciones que haremos a continuación deben considerarse, por tanto, provisionales, ya que parten de los testimonios utilizados por los distintos autores, que se han ocupado de las ordalías en la península y de algunos otros que hemos podido reunir, pero no se sustentan en una búsqueda sistemática de los testimonios, que puedan haber quedado en la península del sistema ordaliaco. No pretendemos, en consecuencia, estudiar este sistema ordaliaco, sino únicamente resaltar que lo que se conoce, difícilmente puede acogerse sin más en lo que se cree saber del sistema ordaliaco en la época germana.

El renacer sorprendente en la Edad Media peninsular del empleo de las ordalías, según la calificación de Brunner^{337 a}, lo es, a nuestro entender, no tanto por el empleo de las ordalías en la península en la mencionada época, cuanto por el hecho de que, a pesar de lo

337. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss.

377a. BRUNNER *DRG* II 542, 544.

tardío de los testimonios del mencionado empleo, los autores hablan de un renacer. Dentro de esta línea, y para completar las afirmaciones de Brunner, recogeremos a continuación la conocida posición de Hinojosa.

Este autor, a partir de la no aplicación del *Liber* en muchos casos o de su aplicación transitoria, señala «que desde el siglo IX (del cual datan los monumentos jurídicos más antiguos posteriores a la invasión árabe, que tienen alguna importancia), se muestra la influencia germánica en las esferas del derecho procesal y penal con sorprendente vigor»³³⁸; de aquí que «además de la ordalía del agua hirviente, aparecen en vigor otros juicios de Dios: el del hierro candente y el duelo, que es el más importante»³³⁹. Completemos esta visión sintética de la posición de Hinojosa, señalando que para este autor los fueros anteriores al siglo XII, que se ocupan principalmente de «las relaciones de los súbditos con el rey y con los señores y el derecho penal y procesal», «fuera de algunas disposiciones de la primera clase, sólo por excepción contienen un derecho nuevo»³⁴⁰.

Adelantemos ya dos hechos de una cierta importancia y, al parecer, generales a toda la península: la aparición relativamente tardía de testimonios que muestren el empleo de las ordalías y la limitación del número de las ordalías empleadas. Estos dos hechos se desprenden del breve repaso que se puede hacer de los testimonios existentes, a partir de los autores que se han ocupado de las ordalías en la península³⁴¹, aunque sea preciso excluir, en primer lugar, algunos testimonios aducidos para mostrar el empleo de determinadas ordalías.

Se ha hablado, al lado de la ordalía del agua hirviente, de una

338. HINOJOSA, *El elemento* cit. 409-410.

339. HINOJOSA, *El elemento* cit. 420-421.

340. HINOJOSA, *El elemento* cit. 412.

341. No hemos podido ver José VILLA-AMIL Y CASTRO, *Del uso de las pruebas vulgares en la edad Media*, en *Boletín Histórico* (Madrid 1881). F. SALINAS QUIJADA, en *Temas de Derecho Foral Navarro* (Pamplona 1958) 253-260, en la sección 7.ª, «La prueba de los hechos y actos jurídicos en general en el derecho histórico de Navarra», reúne tres artículos periodísticos, publicados en el «Diario de Navarra», en 1956, de carácter meramente divulgativo y no exentos de errores.

ordalía del aceite hirviente, en base a una interpretación equivocada de una noticia ofrecida por Viterbo³⁴², si bien los autores que incurren en la misma, destacan al mismo tiempo la inexistencia de datos sobre su empleo concreto³⁴³. La afirmación de Viterbo se apoyaba en una cita más extensa, que mencionaba otros tipos de ordalía; los juramentos de aquellas gentes —decía— se hacían «ou mettendo a mão em huma certâa de azeite fervendo; ou tomando nella hum ferro em braza; ou passando a nado algun dos rios cheios de lagartos»; esta cita la toma Viterbo de la «Jornada de D. Fr. Aleixo de Menezes ás Serras do Malavar», obra de un obispo de Goa, Aleixo de Menezes (1559-1617), que nos informa sobre prácticas de los habitantes de una región de la India; de aquí el «daquelas gentes» de Viterbo, para introducir una noticia que tenía la finalidad de enriquecer sus datos sobre las ordalías, con una ordalía del aceite hirviente y con una ordalía de los cocodrilos, sobre la cual, sin embargo, se prefirió guardar silencio, dadas las dificultades de incorporarla a la península.

Con apoyo en las noticias ofrecidas por la Compostelana sobre el proceso al que fue sometido el obispo de Compostela, Adaulfo, García de Diego habla de la ordalía de la casulla³⁴⁴: la historia compostelana narra que si alguien se revistía con la casulla, con la que había celebrado misa el mencionado obispo antes de ser arrojado a un toro enfurecido, y prestaba a continuación juramento, perjurando, no conseguiría en forma alguna desvestirse de la casulla³⁴⁵. La narración, no demasiado creíble, es un medio más para embellecer la santidad del obispo Adaulfo, salvado por la intervención divina de la pena impuesta por el monarca, destacando la

342. Fr. Joaquín de SANTA ROSA DE VITERBO, *Elucidario das palavras termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram: obra indispenável para entender sem erro os documentos mais raros e preciosos que entre nós se conservam*. Edição crítica baseada nos manuscritos e originais de Viterbo por Mário FIÚZA, II (Porto-Lisboa 1966) 260 s.v. ferros I.

343. Julio PUYOL, *Orígenes del reino de León y de sus instituciones políticas* (Madrid 1926) 400-401, al que sigue Eduardo GARCÍA DE DIEGO, *Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XII*, en *AHDE* 11 (1934) 166.

344. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 166.

345. *Hist. Comp.* 1,2,2 —ed. cit. 10—.

virtud de su casulla, reflejo de la de su propietario; en todo caso, no testimonia esta narración el empleo de esta ordalía.

Otro tipo de ordalía que menciona García de Diego es la llamada ordalía del sepulcro de Santiago, que no se sabe en qué consiste, pero que testimonia un documento del 961³⁴⁶. El documento mencionado se limita a señalar la existencia de un juramento; las dos partes nombran a sus fieles, quienes deben proceder a dar el juramento correspondiente en la tumba del Apóstol; los fieles de una de las partes, para no incurrir en perjurio, se niegan a realizar el juramento; no así los fieles del obispado de Santiago, quienes prestan el juramento sobre la mencionada tumba³⁴⁷. Ni siquiera puede hablarse de un juramento con alcance ordalíaco, ya que no existe alusión alguna a una posible intervención divina contra los perjuros, que manifieste su perjurio.

En la Biblia sólo se menciona, al parecer, una ordalía, que se conoce con el nombre de ordalía de las «aguas amargas» (Nm. 5). Una supervivencia de la misma se ha querido encontrar en una costumbre observada en el concejo de Ibias (Asturias)³⁴⁸, pero parece un poco difícil de admitir la existencia, en base a la mencionada supervivencia, del empleo de dicha ordalía. Las semejanzas son más aparentes que reales; además, antes de aceptar que dicha práctica testimonia la utilización de la ordalía de las aguas amargas en época antigua, sería necesario explicar la conversión de una práctica ordalíaca, que parece conducir a la pérdida del hijo por parte de la madre culpable, en un remedio para combatir las posibles hemorragias del parto.

Finalmente, aunque consideramos que no puede configurarse como una ordalía, en el sentido establecido, cabe recordar aquí la prueba empleada para determinar el rito a observar en Castilla, una vez que el duelo realizado en el 1077, se consideró insuficiente para garantizar el empleo del rito mozárabe, pese a que su campeón había salido victorioso frente al campeón del rito romano, pues se juzgó que *duellum... ius non esse*. En 1091 se colocan un

346. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 166.

347. *ES* XIX p. 367 (ap. 24).

348. Ramón PRIETO BANCES, *Supervivencias jurídicas. Las «Aguas amargas» en el concejo de Ibias*, en *Obra Escrita I* (Oviedo 1976) 125-128.

libro del oficio toledano y otro del oficio romano en una hoguera siendo éste consumido por las llamas y quedando aquél intacto. Pese a esta nueva victoria el monarca impuso el rito romano ³⁴⁹.

Independientemente de la historicidad de estos sucesos, no estamos ante el empleo de una ordalía, medio de prueba, dentro de un proceso. Citamos, sin embargo, esta noticia, por haber sido invocada por algunos autores la prescripción contenida en el Concilio II de Zaragoza, en la época visigoda, para confirmar el empleo de las ordalías entre los visigodos. A lo ya dicho, sólo cabe añadir el carácter bilateral de esta práctica, en el suceso de 1091, y la poca consideración que se reserva, en todo caso, al resultado de la misma; el monarca no se dejó persuadir por el ruego de los presentes ni aterrarse por el milagro e impuso el empleo del rito romano.

Excluidos estos presuntos testimonios del empleo de distintos tipos de ordalías, podemos ya examinar qué ordalías fueron empleadas en la península. Si tomamos como término de comparación el cuadro de ordalías ofrecido por Brunner, parecen desconocidas en la península la ordalía del féretro —que Brunner excluye de la época franca—, la ordalía de la cruz —por Brunner considerada una ordalía básicamente cristiana— y la ordalía de la suerte; otro tanto podríamos decir de la ordalía del pan, mencionada por García de Diego ³⁵⁰, testimoniada únicamente en una fórmula incluida en el manuscrito de Cardona del *Liber*, es decir, aquel manuscrito vinculado a Homobono de Barcelona y redactado a principios del siglo XI que constituye el ms. V. 8 (=ms. núm. 13) de los manejados por Zeumer. Al parecer, según la comunicación del erudito Baist a Villa-amil, que recoge Minguijón, en el mencionado manuscrito se encuentran unos exorcismos para la práctica de la prueba del agua fría, del agua caliente y del pan y queso, redactados en una letra algo posterior a la del *Liber* ³⁵¹. Mientras el exorcismo del agua fría parece ser muy seme-

349. R. X. DE RADA, *Opera* VI 25 —ed. Cabanes p. 138 ss.—. Para estos sucesos vid. *ES* 3 p. 310 ss., para el duelo, con apoyo en el cronicón de Burgos y en los Anales compostelanos, y pp. 334 ss. para el empleo del fuego, con apoyo en Rada.

350. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 166, que se basa en Villa-amil.

351. MINGUIJÓN, *Historia del derecho español*. Cuaderno Undécimo. Dere-

jante al publicado por Villanueva³⁵², la fórmula de la ordalía del pan guarda un gran parentesco con otra de un manuscrito del siglo XIV, publicada por Zeumer³⁵³. No se mencionan, sin embargo, testimonios del empleo de esta ordalía del pan.

Quedan así, en teoría cuatro tipos diferentes de ordalías empleados en la península y que tienen una raigambre pretendidamente germánica³⁵⁴.

La suerte corrida por estas ordalías en la península parece

cho procesal (Zaragoza 1932) 307-308. Cf. la obra de Valls Taberner—cit. supra n. 280— p. 236 (=p. 201).

352. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 308.

353. *Formulae*—ed. Zeumer p. 688—. De la fórmula del Escorial, donde se contiene el testimonio peninsular, sólo conocemos el texto publicado por García de Diego; no podemos saber si el manuscrito contiene únicamente el juramento publicado o todo el formulario, pues no hemos podido consultar BAIST, *Ritual de pruebas judiciales tomado de un códice del Escorial*, en *Boletín Histórico* (Madrid 1880), citado por VALLS-TABERNER, *El «Liber»* cit. 236 n. 15.

354. Prescindimos aquí de la ordalía de las candelas, de origen cristiano y quizá nacida para humanizar los juicios de Dios en la época de Sancho el Sabio, limitándose, al parecer, su aplicación al derecho navarro en la península. Para esta ordalía vid. Gunnar TILANDER, *Los fueros de la Novenera* (Stockholm 1951) 15-16; 127-129 s.v. candela. No hemos podido ver los trabajos que a esta ordalía han dedicado Wohlhaupter—vid. Hermann NOTTARP, Rec. de Eugen WOHLHAUPTER, *Die Kerze im Recht* (Weimar 1940), en *SZ*² 30 (1941) 439-441— y el mencionado Tilander—vid. WHOLHAUPTER, rec. de Gunnar TILANDER, *Gudsdomen att bränn ljus*, en *Festkrift tillägnad Prof. Nils Stjernber* (Stockholm 1940) 276-286, en *SZ*² 31 (1942) 337-340—. Al parecer esta ordalía está testimoniada en el círculo cultural europeo sólo en Navarra y extrajudicialmente entre los bretones, aunque parece ser conocida fuera de Europa, entre los malayos en Borneo y Birmania—NOTTARP, Rec. cit. 440-441— y en Siam y Camboya—WOHLHAUPTER, Rec. cit. 339-340— (Cf. para el empleo entre los malayos PATETTA, *Le ordalia* cit. 61). Para su empleo en Kamnik (Stein) en 1398—y para una alusión a su empleo en Praga— vid. Jos. ZONTAR, *Ein Kerzenordal aus Kamnik (Stein) in Oberkrain vom Jahre 1396*, en *SZ*² 92 (1975) 194; este empleo refleja características especiales, que le alejan del sistema navarro, aunque se utilice igualmente en materia de robo. Ambos autores, Tilander y Wohlhaupter—NOTTARP, Rec. cit. 441; WOHLHAUPTER, Rec. cit. 340— coinciden en interpretar el nacimiento de la ordalía de las candelas como una transformación del duelo por influencia eclesiástica, posición ya defendida por Pappenheim—se pasa de un duelo armado a un duelo sin

haber sido distinta. La ordalía del agua hirviente es la que aparece testimoniada por vez primera. Desde los primeros años del siglo X conocemos procesos en los que se recurre a esta ordalía. Posterior en el tiempo es el empleo de la ordalía del duelo, que aparece testimoniada desde los primeros años del siglo XI. De estos mismos años proceden los testimonios referentes al empleo de la ordalía del agua fría, aunque, al parecer, sólo existe un documento, de 1037, que pruebe el empleo de esta ordalía en un proceso. La última ordalía, que encontramos testimoniada, es la

armas— (para la posible objeción por la aparición de esta ordalía en Borneo y Birmania, vid. NOTTARP, Rec. cit. 441), aunque Tilander tiende a encontrar su génesis en las formas piadosas del uso de las candelas, mientras Wohlhaupter, sin poner a un lado esta práctica, cree ver el origen de esta ordalía en las concepciones populares sobre la fuerza vaticinadora de la luz—WOHLHAUPTER, Rec. cit. 340—. El nacimiento de la ordalía de las candelas a partir del duelo nos parece que se apoya en demasía en el carácter bilateral de la prueba de las candelas; no debe prescindirse del hecho, sin embargo, que en Navarra es la típica ordalía del hurto—NOTTARP, Rec. cit. 441—, que se emplea para dilucidar normalmente la inocencia o culpabilidad del acusado por un delito de hurto—José MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba judicial en el derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media*, en *AHDE* 31 (1961) 43—, situación que se resolvía en la península, en los tiempos antiguos, acudiendo a la ordalía del agua hirviente, que fue sustituida más tarde, quizá, por la ordalía del hierro candente y ésta a su vez por la lid. Wohlhaupter, antes de conocer la edición de los fueros de la Novenera, había ya señalado que la ordalía de las candelas no podía vincularse exclusivamente al robo, encontrando en los fueros citados la prueba de su afirmación—WOHLHAUPTER Rec. cit. 339 n. 7—, pues en los mismos se regula ampliamente el empleo de esta ordalía—vid. TILANDER, *Los fueros* cit. 15; Rafael GIBERT, *El derecho medieval de la Novenera*, en *AHDE* 21-22 (1951-1952) 1218-1219—; pero no parece tomar en consideración el hecho de que los fueros de la Novenera conocen únicamente esta ordalía de las candelas, por lo que tuvo necesariamente que ser empleada en aquellos casos en los que antiguamente se utilizaban otras ordalias. El carácter no germánico de esta ordalía parece fuera de dudas, aunque se le haya pretendido vincular a la ordalía del agua germánica precristiana por Ernst Mayer, posición que combate Wohlhaupter y, ya antes, Pappenheim—NOTTARP, Rec. cit. 441—. Para la posición de Pappenheim, vid. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 156 ss. Prescindimos igualmente de F. G. Navarra 2,5,2, emparentado con F. Aragón 87=Savall-Penen I 96 b = Rec. I de Aragón 127, que Mayer pretendía vincular a la ordalía del terrón (der Rasengang). Contra esta teoría y contra la posibilidad de ver en el Rasengang una ordalía vid...

ordalía del hierro candente, cuyos testimonios indirectos se remontan al último cuarto del siglo XI³⁵⁵.

El empleo de la ordalía del agua fría, con características propias se recoge en un documento catalán del 19 de julio de 1037; se recurre a la misma para resolver un litigio sobre la propiedad de unas tierras, ante la negativa de una de las partes a someterse

Max PAPPENHEIM, *Rasengang und Fussspurzauber*, en *SZ* 40 (1919) 70-86; cf. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 155-156. Una práctica ordalíaca aparece, en todo caso, en *FGN 2,5,2*, de forma exclusiva, cosa comprensible si se prohíben las ordalías, salvo el duelo, en F. Aragón y si la *Rec. I de Aragón* trata de adaptarse a los fueros de Aragón—Mauricio MOLHO, *Difusión del derecho pirenaico (fuero de Jaca) en el reino de Aragón*, en *BRABLB* 28 (1959-1960) 286—. Este hecho, sin embargo, no quiere decir que *FGN 2,5,2* conserve la tradición más antigua, ya que lo que se coloca sobre el altar, según este texto navarro, no es tierra—un terrón—, como en las fuentes aragonesas, sino «I rovo raso de tierra», es decir, una medida de peso o capacidad, quizá una arroba—vid. COROMINAS s.v. arroba y ALCOVER-MOLL s.v. arroba—. En este sentido, la interpretación de Mayer del texto parece equivocada, y con ella también su identificación con el Rasengang, identificación que combate Pappenheim, en base a las afirmaciones de Mayer, pues parece desconocer el texto navarro—PAPPENHEIM, *Rasengang* cit. 75 s.—. No se trata de que el probante sea aplastado contra el suelo por el peso de la carga, pues *FGN 2,5,2* debe interpretarse poniendo en relación la afirmación de «et si la saca sea suya, et sil cayere sea de la orden esta heredad» con «adugan I rovo raso de tierra». Quien puede caer es la tierra, de aquí que debe llevar el probante una medida colmada de tierra. Es posible pensar que la ordalía funcione en el sentido de que la intervención divina haga tan pesada la carga, que ésta no puede ser llevada por el probante, pero, por lo dicho, parece que la prueba se supera si se consigue llevar la tierra, sin que esta caiga; de aquí las facilidades concedidas a quien es niño. La existencia de una ordalía, de todas maneras, no nos parece muy evidente; pero para una valoración más exacta tendríamos que examinar el papel del juramento en las ordalías, cosa que escapa a los fines de este trabajo.

355. Los distintos manuales se limitan a enumerar estas ordalías, así MINGUIJÓN, *Historia* cit. 302; Román RIAZA—(Alfonso GARCÍA GALLO), *Manual de Historia del derecho español* (Madrid 1934) 775; Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del derecho español* (cuarta edición revisada) (Barcelona 1953) 217: «Fueron también usadas en España y en otros países las llamadas ordalías, juicios de Dios o pruebas vulgares del agua fría, del agua caliente y del hierro candente»; Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español* (segunda edición, actualizada) (Barcelona 1978) 917, que añade la ordalía de las candelas.

al *Liber* ³⁵⁶. Es necesario hacer las siguientes observaciones: una de las partes, el abad de San Cugat, está decidido a someterse al *Liber*, mientras la otra parte afirma no estar dispuesta a resolver el pleito por otro medio que no sea la ordalía del agua fría; ésta se lleva a cabo como consecuencia de un acuerdo entre las partes y los jueces (*fecimus talem conveniencia inter utrosque*) y tiene carácter bilateral; finalmente, no son las partes quienes se someten a la mencionada ordalía, sino dos *albat*, es decir, o dos niños muertos, en la interpretación de Balari ³⁵⁷ o quizá dos niños pequeños (*pueruli*), dos recién bautizados, que llevan todavía el vestido blanco como emblema de su pureza ³⁵⁸, lo que testimoniaría el carácter claramente religioso de esta regulación y hablaría en favor de su introducción por medio de la Iglesia, independientemente de su origen ³⁵⁹.

Puede ser una simple casualidad, pero parece oportuno recor-

356. RIUS, *S. Cugat* II 545 (19-VII-1037) 203-206.

357. José BALARI JOVANY, *Orígenes históricos de Cataluña* (2.ª edición) (Abadía de San Cugat del Vallés 1964) 419. Para la terminología vid. RIUS, *S. Cugat* III 1129 (20-III-1180) 280: «que fuerunt termini de Castelleto et de Caldario divisi iudicio Dei per albatum».

358. DUCANGE, s. v. alba p. 161; ALCOVER-MOLL, s. v. albat o aubat.

359. Esta ordalía se menciona igualmente en las reuniones de tregua y paz, para los supuestos de la violación de la tregua, vid. infra los datos aportados en notas 477 ss. Quizá debamos aclarar aquí nuestras afirmaciones sobre este proceso —IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 196, 264—. El acuerdo era declarar vencedor a la parte, cuyo inocente hubiera sido admitido por el agua; si ambos inocentes eran rechazados por el agua o si el agua aceptaba a ambos inocentes, entonces la tierra se dividiría por mitad; mientras el inocente del abad de S. Cugat fue cubierto por el agua, en un primer momento, aunque posteriormente ésta lo rechazó, el inocente de la otra parte, desde el primer momento, fue rechazado por el agua; se acuerda dividir entonces por mitad las tierras en litigio, pero para evitar que se produjesen en el futuro nuevos altercados, se concede la parte más pequeña al monasterio de S. Cugat; es evidente el clima de violencia reinante y por ello se explica que el abad de S. Cugat tenga que aceptar el recurso a la ordalía del agua fría, pero tenga que aceptar igualmente que el agua no recibió a ninguno de los inocentes, cuando el suyo fue cubierto por el agua en un primer momento, como indica el documento, y, finalmente, tenga que aceptar también recibir la peor parte de la división de las tierras, para evitar que en el futuro, pese al resultado del juicio de Dios, su contrincante pueda molestarle de nuevo.

dar que la ordalía del agua fría había sido establecida por el decreto de Vich del año 1033 para todos aquellos que habían realizado algo malo durante la tregua ³⁶⁰.

Al parecer, fuera de Cataluña esta ordalía no se encuentra testimoniada, aunque Marichalar y Manrique, a partir de una noticia dada por el arcediano de Cuéllar, concluían que «esta prueba tal vez se usase en algún punto de España cuando el arcediano la recuerda»; en todo caso, es otro tipo de ordalía del agua fría, pues «consistía en meter la mano en el pilón de una fuente; si la mano salía seca se declara la inocencia, de lo contrario la culpabilidad» ³⁶¹.

Fuera de esta noticia, sólo podemos señalar una pretendida utilización de la ordalía del agua fría en Asturias, a partir de una errónea interpretación de Viterbo de una noticia dada por Risco, errónea interpretación que ha sido acogida, aunque con reservas, por algunos autores ³⁶².

Viterbo ³⁶³ interpreta libremente la noticia ofrecida por Risco; pie para la misma pudo haberlo encontrado en el mismo Risco, que afirma que los jueces habían decidido que «los reos se purgasen de aquel hurto por medio de la pena llamada Caldaria, y hablando del sitio de esta prueba dice la escritura: "et fecerunt inde pena de rio in Minco ad illas Kaldas...". Después de esto, establecieron que sufriesen la pena que también se decía Caldaria por mano de un sayón» ³⁶⁴.

A partir de aquí Viterbo interpretó que había dos pruebas distintas, a las que se vio sometido el acusado: la primera, la llamada «pena de río», que sólo podía ser la ordalía del agua fría, realizada en un río, que se encuentra testimoniada en otros lugares, por lo

360. Este decreto, que se daba por desaparecido, ha sido descubierto por Odilo Engels y publicado por Hartmunt HOFFMAN, *Gottesfriede und Treuga Dei* (Stuttgart 1964) 261. Para el empleo de esta prueba vid. la bibliografía citada por HOFFMANN, *Gottesfriede* cit. 79. Cf. infra p. 134 ss.

361. Amalio MARICHALAR-Cayetano MANRIQUE, *Historia de la legislación y recitaciones del Derecho civil de España II* (Madrid 1861) 329 n. 1. Cf. infra p. 172 ss.

362. PUYOL, *Orígenes* cit. 408; GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 168.

363. VITERBO, *Elucidario* cit. 499 n. 1 s. v. prova.

364. *ES* 40 p. 150.

que quizá se vio obligado a interpretar «ad illas kaldas», por extraño que aparezca, hasta el pescuezo; a continuación señala que no fue suficiente esta tortura para el acusado confesarse, por lo que se le impuso la pena caldaria, confundiendo, en consecuencia, la finalidad de la ordalía³⁶⁵. Si se hubiese realizado la ordalía del agua fría no habría ya razón alguna para añadir otra ordalía más, salvo que la primera no fuese conceptuada como un juicio de Dios.

Viterbo parece no haber tenido acceso directo a este documento, como demuestra su remisión a la edición de la España Sagrada para confirmar sus afirmaciones; las mismas más que puras invenciones, deben valorarse como resultado de una interpretación apresurada o descuidada, como consecuencia de una mala comprensión del texto de Risco, sin un examen detenido de los documentos o de los fragmentos publicados por este autor. Así se explica que, en otra ocasión, a partir del texto de Risco, referente a un documento atribuido al 987, sobre la necesidad, para descubrir la verdad, de «nombrar dos personas de cada Villa, las cuales se expresan en la misma escritura. Vino, finalmente, a reducirse esta causa à la prueba o pena que se decía Caldaria, y se dio sentencia en favor del Monasterio de Sobrado y del Obispo de Iria»³⁶⁶, concluye Viterbo, que «meteram os braços duas pessoas, uma de cada partido, e saiu a sentença contra D. Pelagio, que se deu por convencido»³⁶⁷; pero lo que el documento dice es que cada una de las partes da un fiel para controlar la realización de la prueba, que realiza una sola persona, «confessus et innocens nomine Salamirus presbiter»³⁶⁸.

La primera característica que habíamos indicado aparece confirmada por estos datos: prácticamente en la Península sólo se emplearon tres tipos de ordalías: la ordalía del agua hirviente, la ordalía del hierro candente y el duelo.

¿Cuándo aparecen testimoniados por vez primera estos diferentes tipos de ordalía en la Península?

La ordalía del hierro candente, al parecer, no fue conocida en

365. VITERBO, *Elucidario* cit. 499 n. 1 s. v. prova.

366. *ES* 40 p. 147-148.

367. VITERBO, *Elucidario* cit. 499 n. 1 s. v. prova.

368. Vid. ahora en LOSCERTALES, *Sobrado I* 109 (986-999) 131-133.

Asturias y León en los primeros tiempos ³⁶⁹, aunque más tarde parece que se utilizó, así como en Castilla, a partir del siglo XI, pues a partir de dicha época aparece prohibida en el fuero de Miranda de 1099 en el de Logroño de 1095, en el de Puebla de Arganzón de 1191 y en el de Puebla de Sanabria de 1220, según afirma García de Diego ³⁷⁰, afirmaciones que hoy deben matizarse ³⁷¹. La regulación de esta ordalía parece ser tardía; alusiones muy detalladas a la prueba del hierro candente, tal como indica Villa-amil y reproduce Minguijón, se encuentran en los fueros de Baeza, Cuenca, Alarcón, Plasencia, Salamanca, Avilés y Oviedo ³⁷².

El empleo de la ordalía del hierro candente parece ser tardío también en Aragón, donde aparece testimoniado, según García de Diego, en el siglo XI: se regula en la carta judicial de S. Juan de la Peña, que se fechaba antiguamente en 1062, pero que procede del 1078 ³⁷³ y en las emparentadas y coetáneas de Santa María de Alquézar y del Hospital de Santa Cristina. Igualmente aparece regulada en el fuero de Daroca ³⁷⁴.

Como hemos ya recordado, tampoco aparece antes del siglo XI la prueba del hierro candente en Cataluña. No podemos determinar, sin embargo, cuando se comenzó a emplear; los Usatges desconocen la ordalía del hierro candente y los primeros testimonios de su regulación proceden de los últimos años del siglo XII ³⁷⁵.

369. PUYOL, *Orígenes* cit. 413-414; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 84 n. 125. Cf. Gonzalo MARTÍNEZ DIEZ, *Las instituciones del reino astur a través de los diplomas (718-910)*, en *AHDE* 35 (1965) 162-163, que menciona únicamente la prueba de testigos.

370. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 171.

371. Vid. infra p. 123 ss.

372. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 304-305; vid. infra p. 130 ss.

373. Para esta fecha vid. José María RAMOS Y LOSCERTALES, *La formación del dominio y los privilegios del Monasterio de San Juan de la Peña entre 1035 y 1094*, en *AHDE* 6 (1929) 7 ss.

374. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 171-172. Vid. infra p. 128-129.

375. Vid. infra p. 151 ss. Para la situación en el siglo XI, cf. Eulalia RODÓN BINUÉ, *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña (Contribución al estudio del latín medieval)* (Barcelona 1957) 155 s. v. iudicium (Dei): «En nuestros documentos se citan tres distintas clases de pruebas: el duelo o batalla judicial (vid. s. v. battalia), la prueba del agua hirviendo o de la caldera y finalmente la del agua fría». Cf. infra n. 476, 595.

Tampoco el duelo aparece mejor testimoniado en época antigua, aunque con posterioridad haya sido empleado con una cierta frecuencia a partir del siglo XI, pero no siempre como ordalía. En Asturias y León, al parecer, la primera vez que se menciona esta ordalía es en el fuero de León, tradicionalmente fechado en los primeros años del siglo XI, pues no aparece testimoniado su empleo en los documentos del siglo VIII al X³⁷⁶. El fuero de León, prescindiendo aquí de las discusiones sobre su fecha, no testimonia el empleo de esta ordalía, sino únicamente su regulación; a partir del siglo XI su empleo es frecuente, por lo que no necesita mayor prueba³⁷⁷.

A fines del siglo XI aparece regulado, como un medio de prueba para dilucidar las contiendas entre judíos y cristianos, el duelo con escudo y bastón, que se aparta del riepto municipal y del riepto regio castellano-leonés por el tipo de armas utilizado. Alfonso VI, en 1091, prohíbe que ningún judío testimonie contra ningún cristiano por causa alguna, mandando que las causas entre los mismos se resuelvan por medio de la pesquisa «aut per bastonarios equales»³⁷⁸. Pocos años más tarde aparece testimoniado el empleo de esta ordalía, pero fuera de este campo restringido, establecido por Alfonso VI. En una disputa entre el abad de Santa María de Sopena y algunos infanzones en torno a una heredad, ambas partes llegaron al monarca, Alfonso VII, «et iussit rex darent utraque bastonarii qui pugnantes ex qua parte qui cecidisset dimisset iam dicta hereditatem». Sin embargo, las partes renun-

376. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 84 n. 125.

377. Vid. Ramón MENÉNDEZ PIDAL, *Cantar del Mio Cid* II⁴ (Madrid 1969) 524 ss. s. v. campeador; 732 ss. s. v. lid. Cfr. 50 s. v. batalla; 688 s. v. fiel, 829 ss. s. v. riepto, aunque los datos en general suelen ser de las obras jurídicas de Alfonso X. Cfr. para las actuaciones del Cid, R. MENÉNDEZ PIDAL, *La España del Cid* I⁷ (Madrid 1969) 157 ss.; 369 ss.; II⁷ (Madrid 1969) 559 ss.; 693. El testimonio más antiguo que conocemos del empleo del duelo parece ser un documento algo obscuro fechado en 1033 —NÚÑEZ CONTRERAS, *Ver-mudo* III, 15 (16-IX-1033) 478 ss. Vid. *infra* p. 150 n. 556; 210 n. 741; 218 ss.

378. MUÑOZ 89-91. Cf. MENÉNDEZ PIDAL, *El Cantar* cit. II 525 n. 2. Para un documento semejante, vid. Justiniano RODRÍGUEZ, *Judería de Sahagún*, en *AL* VII 14 (junio-diciembre 1953) 33 n. 50 (publica el documento: 1 (7-II-1090) 55-58) =Justiniano RODRÍGUEZ, *Las juderías de la provincia de León* (León 1976) 243 n. 56 (publica en 3 (7-II-1090) 342-344).

ciaron a la lid y llegaron a un acuerdo³⁷⁹. Pese a este testimonio, el duelo realizado con escudo y bastón no debió tener gran éxito en Castilla, según piensa Muñoz³⁸⁰, aunque aparece mencionado en los fueros.

Tardía es también, al parecer, su aparición en Aragón. El duelo se regula, según García de Diego, en el fuero de Jaca y se prohíbe en el fuero de Arguedas, mientras se permite en el fuero de Medinaceli, en el de Calatayud y en el de Daroca³⁸¹. El duelo con escudo y bastón aparece regulado, como había ya indicado Muñoz, en los fueros lemosines de Jaca, pero también, como indica García de Diego, en el fuero de Caparrós³⁸².

En Cataluña, en 1019, se rechaza el empleo del duelo para dilucidar una cuestión jurídica, al no estar regulado su empleo en el *Liber*; pocos años más tarde, el empleo del duelo en Cataluña se ha extendido, aunque al parecer sólo en la forma del duelo con escudo y bastón, que puede realizarse a pie o a caballo³⁸³.

Anteriores al año 1000, sólo conocemos testimonios del empleo de la ordalía del agua hirviente, que, como hemos visto, se suele considerar practicada en la época visigoda, con el apoyo de una pseudoley tardía.

En Aragón, a pesar de las afirmaciones de Muñoz y Romero, esta ordalía del agua hirviente no aparece testimoniada, según García de Diego, si se excluye la fórmula recogida en el fuero de San Juan de la Peña³⁸⁴. Esta fórmula³⁸⁵ procede del siglo XIII,

379. PRIETO, *Documentos* II 36 (4-I-1093) 530.

380. Cf. MUÑOZ 89, pero cf. infra p. 127 ss. y p. 177 s.

381. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 172-174.

382. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 175. Téngase en cuenta que el carácter aragonés de los fueros viene determinado por el monarca concedente. Vid. infra p. 124 n. 408-409.

383. BONNASSIE II 562, 728 ss. Vid. los documentos citados en *Glossarium Mediae Latinitatis Cataloniae*. Fasc. 2: *aragalius-bcne* (Barcelona 1962) s. v. *bastone* —col. 244-245—; *bataier* —col. 245—; *batalia* —col. 246-250—; *bellum* —col. 255-256—; RODÓN BINUÉ, *El Lenguaje* cit. s. v. *battalia* —p. 39 ss.

384. GARCÍA DE DIEGO, *Historia* cit. 170-171. En realidad las afirmaciones son de MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* cit. 172 (=VII 4), quien con apoyo de la fórmula señalada, indica que se «extendió... señaladamente por Aragón desde tiempos remotos»; MUÑOZ 22 n. 34, se limita a reproducir esta afirmación.

385. Puede verse en MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* 172 (=VII 4).

al menos, como muestra la alusión a la prohibición de las ordalias por la Iglesia, y está emparentada con la recogida en el Fuero General de Navarra (FGN. 5,3,18). Dentro de la prohibición de las pruebas vulgares, recogida en F. Aragón 330, se menciona expresamente el juicio del hierro candente y el del agua hirviente, así como sus semejantes ³⁸⁶. No parece, sin embargo, que de esta prohibición se pueda afirmar su aplicación práctica en épocas anteriores ³⁸⁷.

Por vez primera se menciona el empleo de la ordalia del agua hirviente en Cataluña en un documento del 988. A partir de esta fecha pueden citarse otros documentos que muestran su empleo en la resolución de diversos procesos, así como algunos acuerdos que establecen su empleo para resolver los posibles futuros litigios ³⁸⁸. Durante la segunda mitad del siglo XI parece haberse extendido ampliamente, pero al ser considerada infamante se reservó a los campesinos, mientras se configuró como ordalia noble el duelo ³⁸⁹. Durante el siglo XII se siguió empleando y Bonnassie considera un testimonio de ello los Us. 53 y 112 ³⁹⁰. Digamos que en todo caso durante el siglo XII se establece el recurso a esta ordalia en algunas conveniencias ³⁹¹ y se regula su empleo; durante el siglo XIII se sigue mencionando esta ordalia, sea para regular su empleo, sea para prohibirlo, aunque ocasionalmente pueden detectarse algunos síntomas de su crisis ³⁹².

Mejor testimoniada, y desde más antiguo, aparece en el reino de León el empleo de la ordalia del agua hirviente; los investigadores antiguos remontaban el mismo hasta el 857 ³⁹³, con apoyo

386. F. Aragón 330. Para el texto latino vid. supra n. 273.

387. Vid. infra p. 164.

388. RIUS, S. *Cugat* I 218 (19-III-988) 183-185; VILLANUEVA VIII 31 (1015 [27-II-1016]) 283-285; ACA. *Cancillería. Ramón Berenguer I* perg. n. 305 (1064); VILLANUEVA XV 17 (1080 [29-X-1079]) 243-245; BALARI, *Orígenes* 418-419 (1081); BONNASSIE II 809 (28-V-1100); MARCA 374 (1128) 1263=MONSALVATJE XXI 32 (1128) 363-364; MIQUEL, *LFM* II 511 (h. mitad s. XII) 25. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 194 ss.

389. BONNASSIE II 728-729.

390. BONNASSIE II 729.

391. Vid. supra n. 388, datos de los años 1128 y h. mitad s. XII; cf. 1064.

392. Vid. infra p. 151 ss.

393. Así PUYOL, *Orígenes*, cit. 392; 401; MINGUIJÓN, *Historia*, cit. 303; RIAZA (GARCÍA GALLO), *Manual*, cit. 776.

en un documento, que ha sido rechazado como una falsificación, realizada además en dos documentos diferentes, fechados en el mismo año ³⁹⁴.

Por vez primera encontramos mencionado el empleo de la ordalía del agua hirviente en un documento del 912, procedente de Galicia. A partir de esta fecha pueden citarse otros testimonios de su empleo ³⁹⁵.

394. Vid. Antonio C. FLORIANO, *Diplomática española del periodo astur. Estudio de las fuentes documentales del reino de Asturias (718-910). I. Cartulario crítico. Primera parte (Desde Pelayo a Ordoño I)* (Oviedo 1949) 620; los documentos son: 64 (20-IV-857) 272-278; 65 (X-857) 279-290; la falsificación parece del siglo XII.

395. Dice SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines mandationis* cit. 382 n. 37: «De la prueba caldaria tengo reunidos testimonios de los años: 912 (Galicia); 915 (León); 923 (Asturias); 924 (Astorga); 927 (Castañeda); 946 (León); 953 (Asturias); 959 (Lugo); 987 (Sobrado); 993 (Lugo); 1001 (Celanova); 1024 (León)». Posteriormente publicó algunos de estos documentos en Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos para el estudio del procedimiento judicial en el reino asturleonés*, en *Hom. Millares Carlo II* (Gran Canarias [=Madrid] 1975) 143-156, y en *El Palatium Regis asturleonés*, en *CHE* 59-60 (1976) 5-104. No aluden a esta ordalía los documentos publicados en los homenajes a Pérez de Urbel y de Sousa Soares. Ediciones «El Albir» anuncia de este mismo autor unos *Documentos para el estudio de la Historia de las Instituciones de León y Castilla en la Edad Media*, que en el momento de redactar esta nota no han aparecido todavía. Damos a continuación los datos de aquellos testimonios que hemos logrado identificar y consultar, así como de algún otro no mencionado por Sánchez-Albornoz: LÓPEZ FERREIRO II 34 (2-VI-912) 74-75; *ES* 40 p. 225-226: alusión a un documento del 915 de S. Vicente de Lemós, que no se publica; se indica que se recoge una sentencia «en la que se ordenó la pena que se decía caldaria»; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Castañeda* 1 (927) 27-28=SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* 4 (927) 147-148, con dudas en la fecha; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* cit. 6 (946) 150-151; GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 26 (20-XI-953) 103-107; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* cit 8 (973) 152-153; *ES* 19 ap. (c. 987) 375-379=HINOJOSA, *Documentos* 5 (¿987?) 5-8=LOSCERTALES, *Sobrado* I 109 (s. d. [986-999]) 131-133; *ES* 40 p. 150-151, se alude a un documento lucense, en el que se testimonia el empleo de la prueba caldaria el 9-II-995; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El Palatium* cit. 11 (1002) 89-91; HINOJOSA, *Documentos* 8 (6-IV-1007) 11-12; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *El Palatium* cit. 19 (1024) 102. Téngase también en cuenta los documentos a los que alude MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo* 172 n. 5 (= VII 5), que menciona Berganza, pero que no publica en su apéndice documental, única parte de su

Recordemos que en c. 15 C. 2 q. 5 aparece un canon, que se dice tomado del canon 22 del Concilio Triburiense, que permite que los nobles o ingenuos acusados ante el sínodo, nieguen tal acusación, expurgándose con doce ingenuos; esta posibilidad se cierra a quienes —nobles o ingenuos— hubieran caído antes en hurto, perjurio o falso testimonio, a los que no se les admite su juramento, sino que deben expurgarse, como quienes no son ingenuos, por el agua hirviente o por el hierro candente.

Este canon parece haber llegado al Decreto de Graciano a través de una adición de Palea, realizada en base al Decreto de Burchardo —16,19—, que había tomado el canon de un concilio triburiense, pero quizá no el realizado en el 895, pues en éste, en su capítulo 22, se establece que los libres puedan expurgarse de la acusación criminal por medio del juramento, salvo en aquellos casos en los que su crimen devino público, ya que entonces deben ser examinados por el hierro candente³⁹⁶.

obra a la que hemos tenido acceso por medio de fotocopias. Menos datos ofrecen aquellos documentos en los que se alude a entregas de bienes por la exención de esta ordalía, a los que se refiere SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Repoblación del reino asturleonés. Proceso, dinámica y proyecciones, en Viejos cit. II* (= en CHE 53-54 [1971] 236-459) 729, 752 n. 47, y que había recogido en Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Pequeños propietarios libres en el reino asturleonés. Su realidad histórica, en Investigaciones cit. (= Settimane di Spoleto 3 [Spoleto 1966] 183-222) 187*. Pueden citarse: PRIETO, *Documentos I* 54 (19-III-1019) 672; 23 (19-IV-1019) 643-644; 29 (25-XII-1022) 650-651. Otros documentos que pueden citarse, que recogen esta ordalía en época más tardía: PRIETO, *Documentos I* 46 (15-VII-1041) 665-666; MONTERO DÍAZ, *Jubia* 4 (1-VIII-1069) 59-60; FLORIANO, *Corias I* 432 (1124) 133; cf. PMH, *Dipl. et chart. I* 258 (1025) 159; HINOJOSA, *Documentos* 10 (16-VI-1025) 15-16. Anteriores al siglo XI, y de una tierra fronteriza como la Rioja, UBIETO, *S. Millán* 27 (940) 43-44; UBIETO, *Albelda* 27 (978) 69-72.

396. *C. Triburiense* (895) c. 22, en MANSI 18 A col. 143-144; 163 (para la redacción tomada del Decreto 16,19 de Burchardo. Cf. pp. 159-160, para los problemas aludidos en el texto). Una edición crítica de esta doble tradición: la ofrecen Alfredus BORETIUS et Victor KRAUSE, *Capitularia Regum Francorum II* (Hannoverae 1893 reim. fot. 1960) 252 (Concilium Triburiense. 895. Mai. 5) 225 c. 22 y 22 a. En esta edición —pp. 196 ss.— se trata del problema de estas dos tradiciones diferentes de los cánones conciliares del mencionado concilio, así como de los problemas surgidos en torno a cuáles deben ser considerados los auténticos cánones: si los ofrecidos por la redacción extensa o por la redacción abreviada, que pasó —en nuestro caso del ca—

Este es el resumen que puede hacerse sobre el empleo de las ordalías en la Península, a partir de los autores que se han ocupado de las mismas. En algunos casos, lo hemos podido constatar, los testimonios aducidos para probar el empleo de estas ordalías no son otra cosa que fueros, en los que se regula o se prohíbe el empleo de las mencionadas pruebas. En sentido estricto, estos últimos testimonios no prueban el empleo de estas ordalías, sino el deseo de emplearlas o de evitar su empleo, pero no su utilización en un caso concreto.

Esta simple enumeración de datos hace dudar de la validez de las discusiones en torno al momento de la aparición y de la crisis del procedimiento ordalíaco. Recordando la polémica surgida entre Muñoz y Romero y Villaamil, Minguijón dice que aquél afirma que a partir del siglo X podía verse cómo los fueros municipales iban suprimiendo poco a poco las pruebas ordalíacas, mientras Villaamil tiende a señalar que esta oposición a las pruebas ordalíacas no es muy pronunciada hasta el siglo XI; sólo en el último tercio de este siglo comienza a notarse una gran animadversión, que conduce a combatir su empleo, con el apoyo de la influencia cluniacense³⁹⁷.

Recientemente, desde otra perspectiva, se ha vuelto a plantear el problema de la crisis del sistema ordalíaco en la Península. Así, Sánchez Albornoz, al defender la antigüedad del fuero de León, señala que el silencio sobre las pruebas ordalíacas en los fueros emparentados con el mismo se debe a la paulatina crisis de las ordalías³⁹⁸. García-Gallo, por su parte, coincidiendo con la afirmación de que a finales del siglo XI se nota una crisis del sistema ordalíaco, dice que el fuero de León, tal como lo conocemos, es una refundición llevada a cabo por el falsificador Pelayo, a prin-

non 22, canon 22 a., según la numeración de Boretius-Krause— al Decreto; para Boretius es la llamada redacción «vulgata», es decir, aquella que recoge la redacción extensa, la que refleja fielmente las decisiones conciliares, mientras la redacción abreviada se ha hecho posteriormente sobre aquélla. Las diferencias entre ambas prescripciones, sin embargo, es la que nos hace señalar en el texto la posibilidad de que c. 15 C. 2 q. 5 pueda proceder de un concilio anterior, quizá el celebrado en el 887 —vid. *Lexikon für Theologie und Kirche X* (Freiburg 1965) 336-337 s. v. Tribur.

397. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 305.

398. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Viejos* cit. 396, 405-406, 412-413.

cipios del siglo XII, por lo que la aparición de las ordalías en el fuero de León, frente al silencio sobre las mismas en los fueros emparentados, se debe precisamente a la crisis de las ordalías; la aparición de las ordalías en el fuero de León que conocemos es obra del falsificador Pelayo, que intentaba así quizá ponerlas de nuevo en circulación³⁹⁹.

¿Hasta qué punto puede hablarse de una progresiva crisis en el empleo de las ordalías a partir de fines del siglo XI? Quizá el repaso de algunos fueros, privilegios regios y cánones conciliares puedan ofrecer algo de luz.

Los vecinos de Berbera, Barrio y San Zadornil afirman no emplear la prueba caldaria en un documento fechado en el 955⁴⁰⁰, cuya fecha quizá deba retrasarse hasta los primeros años del siglo XI⁴⁰¹. En todo caso, hacia el 1012 vieron confirmado el privilegio de no tener la «calda»⁴⁰². En el fuero de Palenzuela, que tradicionalmente se atribuye al 1074, pero que probablemente es de principios del siglo XII⁴⁰³, se afirma que los habitantes de dicha localidad «non habent forum de lidiar cum scuto aut cum baston nec cum ferro nec cum calida»⁴⁰⁴. En el fuero de Logroño, concedido por Alfonso VI en 1095, pero tal como ha llegado a nosotros procedente de la época de Alfonso VII, habiendo sido interpolado por este monarca, se establece que los habitantes de dicha localidad «non habeant foro de bella dicere, neque de ferro, neque de calida, neque de pesquisa et fide»⁴⁰⁵. Igual prescrip-

399. GARCÍA-GALLO, *León* cit. No vamos a entrar en esta polémica, que no afecta, de forma importante, al problema de las ordalías; nos limitaremos a recordar un texto, que creemos no haber visto mencionado en esta polémica, que, sin embargo, es al mismo tiempo favorable y contrario a ambas opiniones. En un documento de 1056 se citan los decretos de Alfonso V, pero sin coincidir plenamente ni con el texto portugués ni con el texto ovetense, parece acercarse más aquél; puede verse el documento en GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 58 (28-VI-1056) 184; había sido ya publicado en *ES*.

400. UBIETO, *S. Millán* 79 (29-XI-[955]) 79=MUÑOZ 31.

401. Cf. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

402. UBIETO, *S. Millán* 145 (h. 1012) 148=MUÑOZ 32.

403. Cf. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

404. SERRANO, *El Moral* 2 (1074) 26=MUÑOZ 276.

405. Ed. Hergueta=MUÑOZ 336; para la atribución a la época de Alfonso VII, vid. Hergueta l.c. 327 y GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

ción se encuentra en el fuero de Miranda de Ebro, igualmente concedido por Alfonso VI en 1099, pero que conocemos a través de una confirmación de la época de Alfonso VII; los habitantes de Miranda «non habeant fforum eundi ad ffonssatum...nec ffaciant bella de fferro, nec de calida nec de pesquisa»⁴⁰⁶. En 1092, en el fuero otorgado por Sancho Ramírez a Arguedas, se establece que «per ullo pleito que abeant omnes de Arguedas cum alio, non abeant torna»⁴⁰⁷. En el año 1102, el rey Pedro I concede a los habitantes de Caparroso que «per totum iudicium non habet bastone, nec ferro in Caparroso»⁴⁰⁸ y en este mismo año, el mismo monarca concede a los pobladores de Santacara que «per nullo (iudicio habeat) bastone neque ferro en Santa Cara»⁴⁰⁹. Alfonso I el Batallador concede en 1132 un fuero a los habitantes de Asín, en el que establece que no tengan «ulla torna per ferro neque per batalla, et salve se cum sua iura plana»⁴¹⁰. En 1135, el emperador concede a los habitantes de Santo Domingo de Silos el fuero de los habitantes del burgo de Sahagún; entre las prescripciones del fuero de Santo Domingo de Silos aparece el principio de que los habitantes de la mencionada localidad no tengan «firmam, neque litem, neque caldam, neque ferrum»⁴¹¹. En 1144, el rey García de Navarra concede a los habitantes de Peralta un fuero donde, al parecer, se excluye la lid, pues se pena al vecino que la pide, sea en el concejo, sea fuera del concejo⁴¹². En 1148, el

406. F. *Miranda* 15—ed. Cantera—=MUÑOZ 347.

407. Ed. Lacarra p. 255=MUÑOZ 330 (copia romanceada).

408. UBIETO, *Pedro I*, 114 ([antes de noviembre]-1102) 370=MUÑOZ 391.

409. UBIETO, *Pedro I*, 115 (XI-[1102]) 373=MUÑOZ 395.

410. Ed. Lacarra-Martín Duque, *Fueros I* 2, 6 (25-III-1132) 124=MUÑOZ 505-506.

411. FEROTIN, *Silos* 44 (26-V-1135) 64.

412. MUÑOZ 548: «Et home qui se adclamaret ad litem, et dixerit in concilio, ego tibi litiabo, pectet X solidos ad vicinos, et si foras de concilio dixerit, V solidos ad seniore, medios ad vicinos; et acceperit suas armas, et exierit foras, et clamaverit a suo contensero, et dixerit veni et litiabo tibi, pectet X solidos, medios ad seniore, medios ad vicinos: et homine de alia terra qui clamaret ad homine de Petralta ad batalia non habeat batalia sed...discriminet se cum duos vicinos». Cf. sin embargo F. Viguera 82: «Et si alguno clamare a lith peche a sus vecinos LX ss.», que debe entenderse como en F. Nájera—*infra* n. 485—, ya que en F. Viguera se regula la lid —*cfr.* F. Viguera 158 ss.—. Cf. *infra* p. 133.

emperador concedió a los habitantes de Lerma que no tengan «neque lide neque calda»⁴¹³. En 1152, en el fuero concedido a los burgueses de Sahagún por Alfonso VII, aparece una norma que tendrá un largo éxito; se establece en el mencionado fuero que si en la muerte en tumulto no puede descubrirse al culpable por recta pesquisa, el sospechoso, elegido por los parientes del muerto, se salvará el sólo por su juramento, «et ibi non sit torna»⁴¹⁴. En 1157, en el fuero de Tafalla, concedido por Sancho el Sabio, se establece que los habitantes de dicha localidad no deben «ferrum leuare neque candela per ullo pleito»⁴¹⁵, pero esta prescrip-

413. Cit. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

414. MUÑOZ 312.

415. Ed. Lacarra. En 1255, Teobaldo II eximirá a los habitantes de Tafalla de las ordalías, «non deben levar fierro, nin candella por ningún pleito» —YAUGUAS, *Diccionario* cit. III 60 s.v. Tafalla. Cf. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. IV 179, quienes señalan que Teobaldo II confirma el fuero de Tafalla, concedido por Sancho Ramírez y confirmado anteriormente por Sancho el Sabio, pero con algunas reformas—. Este fuero de 1255 es una traducción romance confirmada por Teobaldo II del texto latino, redactado por el municipio, que es completado con el texto del escatocolo de la confirmación llevada a cabo por Sancho el Sabio en 1157 del fuero de Sancho Ramírez de 1066 (?) —José M.^a LACARRA, *Notas para la formación de las familias de fuero navarros*, en *AHDE* 10 (1933) 262 n. 25 y 264—. Tilander piensa que la regulación minuciosa de la ordalía de las candelas en el F.G. de Navarra es testimonio de su crisis, mientras Wohlhaupter señala que contra esta teoría habla el hecho de que el privilegio de 1255 únicamente venga a confirmar la exención de esta prueba establecida en el fuero de Tafalla de 1157 —WOHLHAUPTER, *Rec. cit.* 399—, pero esta afirmación pierde todo su peso, ya que el fuero de Tafalla de 1157 es en realidad del s. XIII. Dado que Teobaldo II prohibió igualmente en 1269 el empleo de la ordalía del hierro candente en Estella, cabe preguntarse si el texto latino, que conocemos, no habrá sido hecho con posterioridad sobre la confirmación de Teobaldo II, pues éste no se limita a confirmar el fuero del rey Sancho, sino que lo aclara y enmienda: «otorgamos è confirmamos à nuestros labradores de Tafalla todo aqueill fuero que nuestro honrado visabuello el rey D. Sancho les dió; é con voluntat, et consentimiento de los dichos labradores, declaramos algunas cosas que eran en eill oscurament puestas, et emendamos bi algunas otras cosas que habian menester de enmendar; et el fuero esclareado e enmendado con las otras cosas que habian menester de enmendar que eran en el fuero claras, es tal». Sin embargo, el fuero que confirma en 1355 Carlos II no es otro que la redacción latina del concejo, atribuida a Sancho el Sabio, sin que se aluda a la confirmación de Teobaldo II —YAN-

ción debe proceder muy probablemente del siglo XIII, cuando el concejo procedió a la redacción del fuero ⁴¹⁶. En el fuero de Palencia, concedido en 1181, se establece que en Palencia «non ha batalla pro nulla re» ⁴¹⁷. En el fuero de Llanes de 1206, se establece que los habitantes de dicha localidad se regirán por el fuero de León, «pero que saluo ende siello, et calda, et forno» ⁴¹⁸. Esta prescripción parece haberse tomado del fuero de Benavente de 1167 y pertenece al fuero redactado según García-Gallo hacia 1270 ⁴¹⁹. La ordalía del agua hirviente no se menciona, sin embargo, en el fuero de Benavente de 1167. En el fuero de Sanabria, de 1220, concedido igualmente por Alfonso IX, se establece también que «juicio de fierro calient o de agua, al que dicen de calda...non sea nombrado nin recibido en ninguna manera» ⁴²⁰.

Estas prohibiciones aparecen con carácter regular en los fueros concedidos a Alava, en su mayor parte por monarcas navarros. En el fuero de Laguardia, concedido en 1164 por Sancho de Navarra, se afirma que sus habitantes no tengan «foro per facere batalla non de ferro nec de aqua calida» ⁴²¹. En el fuero de Vitoria, concedido por el mismo monarca en 1181, se establece igualmente que sus habitantes no tengan «forum de ferro neque de aqua calida neque de batalia» ⁴²². En 1182, en el fuero de Antoñana, concedido por el monarca ya mencionado, se afirma «et non habeatis forum de igne, neque de aqua, neque de batalla» ⁴²³, expresión que se repite con la misma fórmula en el fuero de Bernedo, del mismo monarca y de la misma fecha: «et non habeatis forum de igne neque de auga et

GUAS, *Diccionario* cit. 62 ss. s. v. Tafalla—. Tilander es de la opinión que esta ordalía se introdujo en la época de Sancho el Sabio (1150-1194) —TILANDER, *Los fueros* cit. 16—, lo que unido a su opinión sobre su minuciosa regulación en el FGN y la prohibición de su empleo en 1255, mostraría que no debió tener mucho arraigo en Navarra.

416. LACARRA, *Notas* cit. 253-254.

417. *F. Palencia* 17—ed. Hinojosa— = *F. Palencia* (romanceado) 18—ed. Caamaño—.

418. *F. Llanes* 50.

419. GARCÍA-GALLO, *Llanes* 251, 266. GARCÍA-GALLO, *Benavente* 1166-1167.

420. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 401 (1-IX-1220) 514.

421. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 2 (25-V-1164) 220 cap. 14.

422. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 3 (IX-1181) 225 cap. 30.

423. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 4 (1-1182) 229 cap. 26.

neque de bataylla»⁴²⁴. En 1191, el fuero de Arganzón, concedido por Alfonso VIII de Castilla, establece que sus habitantes no tengan «forum de facere iudicium in ferro neque in aqua callida neque in batalia»⁴²⁵. En el fuero de Labraza, de 1196, el rey Sancho de Navarra establece que sus habitantes no tengan «foro per facere bataylla non de ferro, non de aqua calida»⁴²⁶. En el fuero de Treviño, de 1254, Alfonso X establece que sus habitantes «non ayan ffuero de cumplir juizio de tomar ffierro calient, nin agua calient, nin de batalla»⁴²⁷. Este mismo monarca, en 1256, concede fuero a Corres, estableciendo que sus habitantes «non ayan fuero de fuego nin de agua nin de batalla»⁴²⁸, prescripción que vuelve a repetir el Fuero de Campezo, dado en 1256; los habitantes de esta localidad no tendrán «fuero de fuego nin de agua nin de batalla»⁴²⁹.

Con las dudas que pueden levantarse por la datación de algunos de los fueros mencionados, puede afirmarse que desde finales del siglo X y durante los siglos XI, XII y XIII nos encontramos con la prohibición del empleo de algunas ordalías.

Paralelamente a esta prohibición del empleo de diversas ordalías en determinadas poblaciones, se regula su empleo en los fueros de otras localidades.

Si mantenemos la fecha tradicional, en el fuero de León de 1020 se regula la prueba caldaria y el duelo⁴³⁰. Sancho Ramírez, en 1063, según la datación tradicional, establece que los habitantes de Jaca no acudan al duelo, salvo que ambas partes estén de acuerdo y que no combatan con los hombres de fuera, sin voluntad de los habitantes de Jaca⁴³¹. Este fuero debe retrasarse o hasta el 1076, como piensan sus últimos editores, Lacarra y Martín Duque, o hasta el 1077, como propone Ubieto⁴³². En 1090 se concedió fuero a Estella por Sancho Ramírez, que reproducía en parte el fuero de

424. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 5 (I-1182) 233 cap. 26.

425. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 6 (XII-1191) 237 cap. 26.

426. MARTÍNEZ DÍAZ, *Alava* I 7 (IX-1196) 240-cap. 13.

427. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 9 (20-XII-1254) 246 cap. 25.

428. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 11 (3-II-1256) 257 cap. 20.

429. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 12 (10-II-1256) 262 cap. 20.

430. *F. León* 19 y 40—ed. Vázquez de Parga—=MUÑOZ 65, 71.

431. *F. Jaca* 10—ed. Lacarra-Martín Duque—=MUÑOZ 237.

432. UBIETO, *Jaca* p. 20-21.

Jaca, pero con una modificación, al menos tal como lo conocemos en la actualidad: se prohíbe que los habitantes de Estella por cualquier pleito que tengan con un hombre de fuera, decidan el mismo por medio del duelo. Se guarda silencio, sin embargo, sobre los problemas a resolver entre los habitantes de Estella, aunque en el fuero posterior de 1164 aparezcan reguladas las ordalías⁴³³. En el fuero de Nájera de 1076, que quizá proceda de la época del emperador⁴³⁴ se reconoce de forma indirecta el empleo de la ordalía del agua caliente y de la del hierro candente, al establecerse las cantidades a pagar por su empleo⁴³⁵. En el fuero de Sepúlveda de 1076 se establece que el señor no dará lidiador a los habitantes de dicha ciudad⁴³⁶, prescripción paralela a la que encontraremos en fuentes catalanas, y que debe entenderse quizá en el sentido de autorizar el duelo —¿y otras ordalías?— entre los vecinos⁴³⁷. En los privilegios emparentados, concedidos por Sancho Ramírez a los monasterios de San Juan de la Peña, de Santa María de Alquezar, del Hospital de Santa Cristina y de San Pedro de Jaca se regula la prueba del hierro candente en las disputas de tierras pertenecientes a los mencionados monasterios⁴³⁸. En el fuero de Sahagún, concedido en 1085 por Alfonso VI, aparece regulado el empleo del duelo en el homicidio; el homicida conocido, si niega, «iuret quia non facit, et ad torna litiget»; cuando el homicidio se realizara de noche, quien será acusado, «litiget cum illo qui dixerit qui ego vidi»⁴³⁹. De forma indirecta se manifiesta el empleo de la «batalla per ferro» en el fuero concedido por Pedro I de Aragón, en el año 1100, a Barbastro, al determinar la cantidad a pagar por su

433. F. Estella I 4, 1.

434. Así, GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 174.

435. F. Nájera 48: «et si calidum aut ferrom commixit, similiter pariat LX solidos, et exinde medietatem pro fuero» —ed. Garrán 82— = MUÑOZ 290-291. Para Garrán estaríamos ante una prohibición de esta ordalía —l.c. 54-55—; de la misma opinión es GARCÍA-GALLO, *León* cit. 94. Para nuestra interpretación cf. F. Sahagún (1085). Vid. infra n. 440 y supra n. 412.

436. F. Sepúlveda 23.

437. Vid. infra p. 131, para el fuero extenso; para los textos catalanes vid. infra p. 151 ss.

438. Vid. infra p. 211 s.

439. MUÑOZ 305.

realización⁴⁴⁰. La lid aparece regulada en el fuero de Calatayud, concedido por Alfonso I de Aragón en 1131. Se alude a la batalla, cuando se regula la forma de realizar el juramento que le precede⁴⁴¹, pero se indica que los testigos falsos deben ser «tornados per batalla», indicándose al mismo tiempo la sanción que les corresponde en el supuesto de ser vencidos⁴⁴². Finalmente, se establece la lid para el ladrón que negará su delito⁴⁴³. En el fuero de Guadalajara, concedido por Alfonso VII en 1133, se establece que quien es sospechoso de hurto, si fue detenido ya en otras ocasiones por el mismo delito, «salvase por lidiador que sea semejante de si»⁴⁴⁴. En 1134, Ramiro I de Aragón confirma el fuero de Jaca, con las características ya vistas⁴⁴⁵. En 1142, en el fuero de Daroca, concedido por Ramón Berenguer IV, aparece una amplia regulación del empleo de las ordalías. La lid aparece regulada en atención al hurto: el sospechoso de haber cometido hurto, si no se le puede probar que lo haya cometido, y lo robado alcanza un valor de diez solidos o más, «iuret, et litiget... si vero actor litem facere noluerit iuret reus cum XII vicinis»⁴⁴⁶.

Cuando la acusada es una mujer, «pro tanto quanto ubi debet litem facere, iuret cum XII mulieribus»⁴⁴⁷. La lid se utiliza también para salvar al acusado de haber cometido un homicidio en descampado, pues en este caso, a voluntad del acusador, «aut faciat bellum, aut iuret cum duodecim vicinis et salvetur»; si la muerte tiene lugar en sitio poblado, debe inquirirse por el juez y los alcaldes la verdad y, caso de no poderse probar al acusado la muerte, éste se salvará con el juramento de doce vecinos⁴⁴⁸. También queda a voluntad del acusador que el acusado, cuando no se le puede pro-

440. UBIETO, *Pedro I*, 89 (X-1100) 335=MUÑOZ 355.

441. *F. Calatayud* 23—ed. Ramos y Loscertales 411—=MUÑOZ 461.

442. *F. Calatayud* 29 y 42 —ed. Ramos y Loscertales 411-412—=MUÑOZ 461 y 463.

443. *F. Calatayud* 43—ed. Ramos y Loscertales 412—=MUÑOZ 465. En *F. Calatayud* 28 seguimos la lectura de Ramos y Loscertales, por lo que no hay alusión a batalla.

444. MUÑOZ 509-510.

445. UBIETO, *Jaca* 17 ([11-IX]-1134) 66=MUÑOZ 241.

446. MUÑOZ 538.

447. MUÑOZ 540.

448. MUÑOZ 537.

bar haber violado a una mujer, «aut faciat bellum, aut iuret cum duodecim vicinis»⁴⁴⁹. Una regulación igual ofrece la persecución de las lesiones: cuando el acusado niega su participación en la comisión de las mismas y no se le pudiera probar, «faciat bellum, aut iuret cum duodecim vicinis», según quiera el acusador⁴⁵⁰. Finalmente todo testigo tiene que responder «ad reptum, et salvet se per litem»⁴⁵¹. Al lado de la lid, se utiliza la prueba del hierro candante en el reconocimiento por el padre del hijo habido de una concubina; si el padre niega su paternidad, la concubina puede salvar su hijo o mediante la presentación de los padrinos nombrados por el padre «aut capiat ferrum de more». Cuando el presunto padre muere, quedando encinta la concubina, ésta sólo puede recurrir, como es natural, a la prueba del hierro candente⁴⁵². En el fuero aragonés de Cetina, concedido entre el 1151 y el 1157, pese a su mala conservación, que deja incompleta la regulación del hurto, parece afirmarse que si el acusado niega haber cometido el delito, «iuret qui demandat et levet ferro»⁴⁵³. En el fuero de Medinaceli, en la copia que ha sido enviada a Murillo el Fruto, probablemente del siglo XII, de la época de Alfonso VIII, tal como lo conocemos, aunque el original haya sido concedido por Alfonso VI, se establece que «quien demandare muert de ome jure con XII, ó lidie con so par» y que «qui demandare furto de X mencales á suso faga la manquadra con un vecino, o fiylo de vecino», et jure el otro con XII, ó lidie á su par, et la escogencia sea en mano del rencuroso»⁴⁵⁴. Esta regulación se asemeja a la vista poco ha en el fuero de Daroca. Otro fuero, también de datación incierta, es el de Villavicencio, quizá de la primera mitad del siglo XII, si no es del siglo XI. En este fuero se establece que quienes cometieran hurto, «expurget se per kallida de denario in sursum»⁴⁵⁵.

Como puente de transición entre estos fueros y los fueros extensos del siglo XIII, podemos señalar que la ordalía del hierro

449. MUÑOZ 537.

450. MUÑOZ 536.

451. MUÑOZ 537, cf. 539.

452. MUÑOZ 536.

453. GARCÍA LARRAGUETA, *Fueros 1* (s.a. [1151-1157]) 590.

454. MUÑOZ 436. Vid. GARCÍA-GALLO, *Medinaceli*.

455. MUÑOZ 173. Para la corrección en el texto, GARCÍA-GALLO, *León* 171..

candente y el duelo aparecen regulados en el fuero de Estella de 1164 y en el fuero de San Sebastián ⁴⁵⁶. También en el fuero de Avilés y, por tanto, en el fuero de Oviedo, aparecen reguladas la lid y la ordalía del hierro candente ⁴⁵⁷.

Las regulaciones más amplias del empleo de las ordalías aparecen en las redacciones extensas de derecho, tanto en el ámbito municipal como en el regio, pero con las características que pueden deducirse fácilmente de la enumeración que haremos.

El fuero de Molina conoce el duelo, pero desconoce las ordalías del hierro candente, del agua fría y caliente, etc. ⁴⁵⁸. El duelo se regula igualmente en el fuero de Uclés ⁴⁵⁹. También, como hemos ya visto, se regula en el fuero de Guadalajara de 1212 ⁴⁶⁰. El fuero extenso de Sepúlveda conoce igualmente la lid ⁴⁶¹. La extensa familia de fueros, que indistintamente se hace depender del fuero de Cuenca o del fuero de Teruel, conoce el duelo y la ordalía del hierro candente ⁴⁶². El fuero de Alfambra regula el empleo de la lid en el hurto y de la ordalía del hierro candente en el reconocimiento de la paternidad ⁴⁶³.

El fuero de Salamanca regula el duelo y la prueba del hierro

456. Vid. p. ej. *F. Estella* I 4,1; II 6,7; II 7,4; II, 19,5; *F. San Sebastián* II 2,1; III 4,4; III 4,7; III 5,4; III 8,2; IV 4,2-7.

457. *F. Avilés* 18=*F. Oviedo* (18); 26=(26); 30=(30).

458. Miguel SANCHO IZQUIERDO, *El Fuero de Molina de Aragón* (Madrid 1916) 260-261.

459. *F. Uclés* 4, 198-200, 204. Cf. 73, 149.

460. *F. Guadalajara* 11, 76.

461. Rafael GIBERT, *Estudio histórico-jurídico*, en *Los Fueros de Sepúlveda* (Segovia 1953) 516.

462. Vid. *F. Alcaraz* 4,40 ss. El empleo de la ordalía del hierro candente viene determinada por la falta de pruebas, en caso de sospechosos—cf. *F. Alcaraz*, 4,40; 4,45. Para el empleo de la lid. vid. *F. Alcaraz* 4,42; 4,54, 8,54 ss.—. Vid. OTERO VARELA, *El ripto de* cit. supra en nota 168. Para las concordancias vid. la edición de Roudil. Advertimos que no hemos examinado uno por uno los distintos fueros; de aquí que si en líneas generales son válidas las concordancias, es indudable que pueden existir variaciones en la regulación—cf. infra p. 178—. Para el hurto se emplea la lid: Cf. *F. Baeza* 241; *F. Alcaraz* IV 17.

463. *F. Alfambra* 13 (lid en hurto), 48; 72 (hierro, reconocimiento de paternidad). Cf. *F. Alfambra* 3 y 103.

candente ⁴⁶⁴, mientras el fuero de Zamora parece conocer exclusivamente el duelo, aunque, al mismo tiempo, parece excluir el empleo de las ordalías ⁴⁶⁵. El fuero de Ledesma conoce el empleo del duelo y de la ordalía del hierro candente ⁴⁶⁶ y otro tanto ocurre en el fuero de Alba de Tormes ⁴⁶⁷. En los fueros emparentados de Coria, Cáceres y Usagre parece regularse de forma exclusiva el empleo del duelo ⁴⁶⁸.

Sin embargo, tanto el fuero de Madrid como el fuero de Brihuega prohíben el empleo de las ordalías ⁴⁶⁹. Las leyes regias prohíben el empleo de las ordalías, pero regulan la lid del riepto ⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴. En líneas generales parece triunfar la lid, que se utiliza para solucionar los distintos supuestos de muertes (Cf. *F. Salamanca* 1;3;63; la regulación de la lid, en 85-92). Para los delitos contra la propiedad parece utilizarse una distinción en atención a la riqueza; quien tiene casa, debe lidiar; quien no tiene casa o llevará el hierro o lidiará a elección del demandante (*F. Salamanca* 78; en supuestos semejantes o asimilables, *F. Salamanca* 200; 241-242; 266). Regulación especial se reserva a los sirvientes que guardan animales, ya que se les reserva la ordalía del hierro candente (*F. Salamanca* 191; 193; en un supuesto especial, hay posibilidad de elección entre hierro y lid: *F. Salamanca* 192).

⁴⁶⁵. *F. Zamora* 15; 56. Cf. sin embargo 11 y 14.

⁴⁶⁶. En líneas generales es válido lo dicho con respecto al Fuero de Salamanca (vid. supra n. 464). Vid. p. ej. *F. Ledesma* 32; 40; 119.

⁴⁶⁷. *F. Alba* 61; 63; cf. 3. Parece ser de empleo limitado.

⁴⁶⁸. *F. Coria* 47; 50; 51 (cf. 52,54,57,65); 108; 110; 144; 145; 161; 165-166; 227; 229. Para las comparaciones con *F. Cáceres* y *F. Usagre* pueden utilizarse los cuadros de Maldonado y Fernández del Torco. Téngase en cuenta que la edición de Lumbreras del Fuero de Cáceres presenta una leve variación en la numeración con la ofrecida por Maldonado. Pedro LUMBRERAS VALIENTE, *Los fueros municipales de Cáceres. Su derecho público* (Cáceres 1974) 329, aludiendo a los medios de prueba, dice: «Se emplean la confesión, documentos públicos, privados, testifical, de peritos, reconocimiento judicial, juramento y pesquisa», afirmación que debe ser completada. A señalar que mientras *F. Coria* 57 habla de la lid, simplemente, *F. Cáceres* 62=*F. Usagre* 64 distinguen entre lid a pie y lid a caballo. Para la lid en el hurto, vid. *F. Cáceres* 228=*F. Usagre* 233=*F. Coria* 227.

⁴⁶⁹. *F. Madrid* 27; 104; se regula el desafío en *F. Madrid* 75. *F. Brihuega* 69: «et lid non aya en Briuega por furto: nin por ninguna cosa»; la traducción de Catalina de lid por «contienda o pleito» nos parece que debe ser rechazada. No hay concordancia con el Fuero de Fuentes de la Alcarria, al menos tal como se conoce, y se puede reconstruir.

⁴⁷⁰. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 307: «Las leyes generales no mencionan otra prueba vulgar que la del riepto». Vid. infra n. 623.

En el fuero extenso de Jaca se regula el empleo de la ordalía del hierro candente y del duelo⁴⁷¹, lo mismo que en el fuero extenso de Tudela, donde se regula además la ordalía de las candelas⁴⁷². El fuero de Viguera y Val de Funes regula el empleo del duelo, de la ordalía del hierro candente y de la ordalía de las candelas⁴⁷³. El fuero de la Novenera regula únicamente el empleo de la ordalía de las candelas⁴⁷⁴.

Las redacciones del derecho de estos dos reinos, los fueros de Aragón y el Fuero General de Navarra, ofrecen entre sí grandes diferencias; aquéllos conocen únicamente el empleo del duelo y prohíben el empleo de las ordalías; éste regula el empleo del duelo,

471. En *F. Jaca* se conoce solamente la ordalía del duelo y la del hierro candente, vid. p. ej. *F. Jaca* A 40, 206, y, en especial, 254, donde se distingue duelo a caballo y duelo con escudo y bastón y ordalía del hierro candente. Cf. *F. Jaca* A 312. Estas mismas pruebas se recogen en las recopilaciones aragonesas, vid. p. ej. *Rec. I de Aragón* 48; 72; 73; 104 (se distinguen aquí los dos tipos de duelo); 121; 141; *Rec. II de Aragón* 37 (= *F. Jaca* A 38, donde es posible que se conserve la posibilidad de acudir a la lid o al hierro); 39. Para la *Comp. Aragón*, donde la regulación de las ordalías no es tan clara, vid 6; 9; 21; 42, que utiliza la terminología «habet tornam». En *Comp. Aragón* 24, parece excluirse, en el reconocimiento de la paternidad, el empleo de la ordalía del hierro candente, vid. infra p. 184 n. 688. Para las concordancias pueden utilizarse los cuadros de la edición de Lacarra-Martín Duque, aunque no carecen de imperfecciones, así por ej. *F. Jaca* S 56 encuentra un reflejo en *F. Jaca* A 160 o *F. Jaca* S 288 en *F. Jaca* A 129; y no son los únicos casos.

472. Hemos utilizado el resumen que del fuero de Tudela ofrecen MARI-CHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. IV 295 ss. Los capítulos referentes a las ordalías y al riego de los testigos del Fuero de Tudela han sido publicados por Molho en su edición del fuero de Jaca—pp. 636 ss.—. También se conoce en el Fuero de Tudela la ordalía de las candelas, que se menciona esporádicamente y al parecer como propia de los villanos—TILANDER, *Los fueros* cit. 16—.

473. *F. Viguera* 82; 157 (hurto: hierro candente); 158 (traición: batalla); 161-163 (regulación de la batalla); 164 (batalla de escudo y bastón); 165 (batalla de candelas, entre infanzones). A destacar el empleo de la ordalía del hierro candente en el hurto—no así en FGN—y el empleo de la ordalía de las candelas entre infanzones, mientras *F. Tudela* parece reservarla a villanos.

474. TILANDER, *Los fueros* cit. 15; GIBERT, *El derecho* cit. 1218-1219.

de la ordalía de las candelas, de la ordalía del agua hirviente (gleras) y de la ordalía del hierro candente ⁴⁷⁵.

Para Cataluña sólo recordar que tal como ha llegado hasta nosotros los Usatges regulan el empleo de la ordalía del agua fría, de la ordalía del agua hirviente y del duelo ⁴⁷⁶, pero, como veremos, las Costums del siglo XIII ofrecen una situación diferente.

Finalmente, recordemos algunas prescripciones regias y cánones conciliares. A partir del 1033, con los decretos de Vich, que establecen el empleo de la ordalía del agua fría para probar la violación de la tregua ⁴⁷⁷ es frecuente encontrar en las reuniones de paz y tregua esta alusión al empleo de la ordalía del agua fría, tal como ocurre en el concilio de Narbona de 1054 ⁴⁷⁸, en el concilio de Tulujas de 1064, incorporado más tarde en el Us. 173 ⁴⁷⁹, en las reuniones casi coetáneas de Barcelona, Vich y Gerona, cuyas prescripciones fueron mezcladas e incorporadas posteriormente al Us. 174 ⁴⁸⁰. Todavía se vuelve a establecer la ordalía del agua fría en una reunión de paz y tregua, presidida por Jaime I, en el año 1234, cuando ya las pruebas vulgares habían sido prohibidas por el concilio IV de Letrán y por el papa Honorio III ⁴⁸¹.

Otro alcance parece tener la regulación del empleo de la ordalía del agua fría en una constitución de Alfonso II de Aragón y I de Cataluña, del año 1187, pues establece que en caso de delito o de traición, el acusador ofendido, si el acusado resulta sospechoso a la corte, prestará el juramento de calumnia, de que cree que el

475. Vid. infra n. 777 ss.

476. Vid. por todos Us. 1 y 113, donde se distinguen los tres tipos de ordalias: batalla, agua hirviente y agua fría. Vid. supra n. 375.

477. HOFFMANN, *Gottesfriede* cit. 262.

478. C. *Narbona* 6 —ed. MANSI XIX 829.

479. C. *Tulujas* 9—ed. MANSI XIX 1042—. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 40 menciona un canon de un concilio hispánico, celebrado en 1047 y publicado en MIGNE PL 151 col. 741, que no es otro que el concilio mencionado, pero con fecha anticipada.

480. Las prescripciones de estas reuniones pueden verse en Fidel FITA, *Cortes y Usajes de Barcelona en 1064. Textos inéditos*, en BRAH 17 (1890) 385-428. Vid. también la tregua y paz publicada en MIQUEL, LFM II 708 (1064-1066) 224.

481. MARCA 513 (1234) 1432.

acusado ha cometido el delito del que le acusa, «et exinde accusatus recipiet iudicium Aquae frigidae»⁴⁸².

En un privilegio de 1036, concedido a la iglesia de Oviedo por Fernando I, se establece que «propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium nisi aquam calidam et iuramentum seu exquisitionem si ambabus placuerit partibus»⁴⁸³; en otro documento, algo posterior, del 1043, el mismo monarca establece que «propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium, ni (=nisi ?) det quinque homines, qui sint digni aqua calida defendendi»⁴⁸⁴.

En 1072, Alfonso VI regula para la tierra de León el empleo de la ordalía del agua hirviente⁴⁸⁵. En un privilegio concedido en 1087, Alfonso VI exime a los clérigos de la catedral de Astorga de la pena caldaria y del duelo⁴⁸⁶ y en 1091 este mismo monarca regula que las causas entre judíos y cristianos se resuelvan o por pesquisa «aut per bastonarios equales»⁴⁸⁷.

Aparte las prohibiciones eclesiásticas generales, también en los sínodos hispánicos se reitera la prohibición del concilio IV de Letrán, aunque no es fácil de determinar la verdadera razón de su aparición ni concluir de estas prohibiciones la aplicación de la práctica, de forma generalizada, de las ordalías. En 1255, en un sínodo valenciano, celebrado bajo la presidencia del obispo de

482. DUCANGE 339 s. v. aquae: «Charta Ildefonsi Regis Aragon. ann. 1187. pro libertatibus villae Amiliani, in Regesto Ludovici Hutini Regis Franc. pág. 7: Item ille, adversus quem maleficium factum fuerit, vel proditio, si alium accusaverit, de quo aliqua suspicio sit Curiae, accusans praestabit sacramentum de calumpnia, quod credit illum accusatum foretactum, de quo eum accusat, fecisse, et exinde accusatus recipiet iudicium Aquae frigidae». De este autor parece haberlo tomado VILLANUEVA V 20.

483. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 45 ([1-V] 1036) 152.

484. DUCANGE 343 s. v. aquae: «Aqua calida, in Charta Ferdinandi Regis Castellae aerae 1081. apud Yopez, tom. 6: «Quos si aliquis homo, qui sit de mandatione regis, moratur in domo sancti Andreae, sit absolutus ab imperio Regis, et propter aliquam calumpniam non faciat aliud iudicium, ni det quinque homines, qui sint digni Aqua Calida defendendi». De este autor parece haberlo tomado VILLANUEVA V 20. Para la corrección vid. MINGUIJÓN, *Historia* cit. 304.

485. ES 36 ap. 27 (1072) LVI.

486. MUÑOZ 322=ES 16 ap. 21 p. 470.

487. Vid. supra n. 378.

Valencia Andrés de Albat, se establece que «nec in ecclesiis fiant conjurationes aquae ferventis, vel ferri candentis, vel aquae frigidae conjuratae, quia omnia ista superstitiosa sunt penitus et contra Deum»⁴⁸⁸. A fines del siglo XIII, en el sínodo celebrado en 1288 en León, se establece «que ninguno non faga salva per fierro caliente, ó per agua caliente, ó per agua fria, nen en otra manera que sea defendida en derecho»⁴⁸⁹. Y en el siglo XIV, en el sínodo de Valladolid de 1322 se combate de nuevo la purgación vulgar, es decir, las ordalías, aludiéndose expresamente a quienes, para librarse de la sospecha de haber cometido un delito, «ad se purgandum ferrum candens, vel aquam ferventem accipiunt»⁴⁹⁰. A parte la reducción a dos ordalías únicamente, frente a la redacción más amplia de los sínodos anteriores, es importante destacar en todas estas decisiones el silencio en torno al empleo del duelo judicial, única ordalía que ha superado la prohibición papal que se acoge en los fueros de Aragón.

¿Qué conclusiones pueden obtenerse de estos datos? Las mismas no pueden ser definitivas, si es que alguna vez pueden serlo; no hemos llevado a cabo una búsqueda sistemática de datos y nos hemos limitado a dar una selección significativa de los reunidos. Añádase a todo ello que antes de poder dar una solución, es necesario una previa clarificación de algunos problemas. El alcance de la prohibición o de la regulación de las ordalías está en íntima relación con el progresivo extenderse de los distintos fueros originarios, en los que se eximía a los habitantes de una determinada localidad del empleo de las ordalías o en los que se regulaba su empleo. Es este un problema que no podemos tocar, aunque sea necesario destacar que la recepción no ha sido siempre mecánica: de la exclusión o de la regulación de las ordalías en el fuero, cabeza de familia, no puede concluirse sin más que los fueros vinculados a aquél observen la misma regulación. Baste aquí recordar lo ya apuntado en torno al fuero de Estella. «Sancho Ramírez otorgó a los francos que acudieron a poblar Lizarra un fuero cuyo texto

488. MANSI XXIII 893; a esta reunión alude LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 43, aunque debe salvarse la errata.

489. *ES* 36 p. 254.

490. TEJADA Y RAMIRO III 504.

no nos ha llegado en forma independiente, pero que es invocado por Sancho el Sabio en el que en 1164 otorgará a Estella... En efecto, los once primeros capítulos (de éste) se corresponden con otros tantos capítulos del fuero otorgado a Jaca por Sancho Ramírez, y sin duda son transcripción literal del que se concedió a Estella»⁴⁹¹, pero a pesar de esta vinculación, el alcance de la regulación del duelo es diferente en fuero de Jaca y en fuero de Estella. Es un solo ejemplo entre otros muchos⁴⁹².

El alcance de la concesión de un fuero de una localidad a otra localidad es un enigma para nosotros, pero también parece haberlo sido en aquellas épocas. Como se sabe, el fuero de Logroño tuvo una amplia difusión por Alava, pero cuando en 1256 se concede el fuero a Corres por Alfonso X, se establece en el mismo que los habitantes de dicha localidad tengan «el fuero de Logronno: et sin esto otorgoles estas costumbres deste mio privilegio»⁴⁹³, entre las que se incluye que «non ayan fuero de fuego nin de agua nin de batalla»⁴⁹⁴, exención que se encontraba, como hemos visto, en el fuero de Logroño. Esta concesión muestra de forma clara que los nuevos privilegios, a veces, son confirmación de los antiguos; así se explica que en muchos de los fueros concedidos a la tierra alavesa, se señale que se concede a sus habitantes el fuero de Logroño, pero en todos ellos aparece la mencionada exención de las ordalías⁴⁹⁵.

No es éste, sin embargo, el condicionamiento mayor, que impide valorar exactamente los datos referentes a las ordalías, que pueden encontrarse en los distintos fueros; su valoración depende en definitiva de la valoración que hagamos de los fueros. ¿Son las redacciones escritas de los fueros una simple recopilación de costumbres o deben considerarse un intento de configurar de nuevo una sociedad envejecida? En otras palabras, los fueros pueden ser considerados, tal como lo hace Hinojosa, como la plasmación escrita de un derecho consuetudinario o bien como un intento de dar una nueva

491. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros* I 1 p. 19-20.

492. Vid. *infra* p. 139 ss.

493. MARTÍNEZ DÍEZ, *Alava* I 11 (3-II-1256) 255 cap. 1.

494. Vid. *supra* n. 428.

495. Vid. *supra* notas 421 ss.

regulación a situaciones antiguas. El inclinarse por una u otra opinión, determina de un modo importante la valoración que debemos dar a la aparición de la regulación o de la prohibición de las ordalías. La respuesta a esta interrogante quizá estribe en permanecer en un punto medio: los fueros municipales recogen derecho consuetudinario, pero reflejan, al mismo tiempo, los deseos de modificar el derecho existente; esta respuesta no resuelve, sin embargo, nuestro problema, que debemos dejar planteado.

La prohibición del empleo de las ordalías sólo parece tener sentido en tanto en cuanto sea considerada una novedad, que se incorpora a los fueros, con la finalidad de acabar con una situación consuetudinaria anterior, que se considera ya insostenible. Con esta interpretación concordaría perfectamente el privilegio concedido por Teobaldo II, en 1269, a los habitantes de Estella, en el que se establece que no resuelvan sus pleitos por «bataylla de fierro, mas que se liure per testimonios o por iura»⁴⁹⁶, que resuelve así la situación anterior, configurada por el fuero de 1164, donde se admitía el empleo de la ordalía del hierro candente, pero también del duelo, sobre el que se guarda silencio en el privilegio de 1269.

Sin embargo mayores dudas ofrecería esta explicación en aquellos casos en los que tales prohibiciones aparecen en fueros dados precisamente para impulsar la repoblación, ya que, en estos supuestos, más bien parece que tales exenciones tienen la finalidad de facilitar la repoblación, y por tanto no suponen acabar con un régimen consuetudinario, sino instaurar un sistema probatorio, donde no tenía cabida la ordalía, a aplicar en una localidad carente de tradición jurídica. Quizá a esta política responda la prohibición o, más exactamente, la derogación de diversos capítulos del fuero de Cuenca llevada a cabo por Sancho IV en 1285⁴⁹⁷. La regulación de las ordalías en el fuero de Cuenca sería resultado de aquella labor recopiladora en el ámbito municipal, a la que hemos hecho alusión en otra ocasión, dirigida a oponer un ordenamiento jurídico completo a los intentos de intervención del monarca; así se explica que puedan realizarse ordenamientos jurídicos que no

496. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros I* 1, 10 (5-X-1269) 65.

497. *F. Cuenca* p. 863.

responden a un derecho consuetudinario preexistente en aquellas localidades y que la decisión de Sancho IV pueda ser interpretada como un medio de evitar que se consolide, con apoyo en la redacción escrita del fuero, una práctica desconocida hasta entonces. De todas formas, independientemente de lo acertado o desacertado de esta interpretación, no cabe la menor duda de que, desvinculada del fuero de Cuenca, la misma es válida para aquellas prohibiciones que aparecen en los fueros concedidos a lugares, que se quiere repoblar.

Esta posible doble interpretación —o regulación de una práctica consuetudinaria o regulación de una práctica desconocida hasta el momento— puede en algunos casos superarse, acudiendo a aquellos fueros, que han llegado hasta nosotros en redacciones diversas. Comparando estas diferentes redacciones podría llegarse hasta cierto punto a conclusiones más o menos válidas sobre el arraigo del sistema ordalíaco y sobre su persistencia. Pero tal posibilidad no siempre parece cuajar. Del derecho de Guadalajara conocemos dos versiones diferentes. En 1133 Guadalajara recibe un fuero, donde, como hemos visto, el acusado de haber cometido un hurto, si ya en otras ocasiones había sido acusado del mismo delito, debe salvarse por medio de la lid ⁴⁹⁸. La redacción extensa guarda silencio sobre esta cuestión, aunque podría invocarse F. Guadalajara 102, donde se establece que la mujer acusada de hurto, si no se le prueba el mismo, debe salvarse con doce mujeres. Pero hemos ya encontrado en otras ocasiones que la mujer tiene un régimen diferente del varón ⁴⁹⁹. La desaparición de la lid para el hurto podría quizá encontrar apoyo en F. Guadalajara 11, que prohíbe acudir a la lid, sin mandato del alcalde, en relación con F. Guadalajara 76, que admite la lid únicamente en el supuesto de la muerte de una persona. Pero el silencio del fuero de Guadalajara de 1212 en torno a la lid en el hurto no creemos que sea suficiente para desechar que se mantuviese su empleo, teniendo además en cuenta que el fuero de 1133 lo conocemos a través de una copia romanesca, sacada para su confirmación, que procede del siglo XIV ⁵⁰⁰.

498. Vid. *supra* p. 129.

499. Vid. *supra* p. 129-130 (F. Daroca).

500. MUÑOZ 507 n. 1.

Si aludimos a la extensión de un fuero a otras localidades, se mostraría de forma todavía mucho más clara esta situación. Mencionaremos el silencio del fuero de Carcastillo, que recibió el fuero primitivo de Medinaceli, otorgado por Alfonso VI, de Alfonso I de Aragón, probablemente en febrero de 1125, aunque sin especificar su contenido. Según piensa García-Gallo, los habitantes de Carcastillo redactaron el fuero que actualmente conocemos, hacia 1140, poniendo por escrito «lo que consideraron ser su fuero conforme al de Medinaceli, y lo enviaron a éste para su comprobación»⁵⁰¹. En este fuero se guarda silencio sobre las ordalías, aunque pudiera pensarse que no se admite su empleo, si se afirma que «vicino cum vicinos habent iudicium cum tres testimonios»⁵⁰². En la segunda versión del fuero de Medinaceli, que según García-Gallo se conserva probablemente en Murillo el Fruto, y que debió realizarse en la época de Alfonso VIII, hacia 1180, siendo por tanto el texto conservado, mandado hacer por el concejo de Murillo el Fruto, algo posterior⁵⁰³, aparece regulada, como hemos visto, la lid en el homicidio y en el hurto⁵⁰⁴.

Sin embargo, es el fuero de Sahagún el que nos puede ofrecer una visión más adecuada de todos estos problemas. El fuero de Sahagún de 1085 fue concedido, antes de 1152, a Oporto en 1123, a San Martín de Madrid y San Frutos en 1126, a Silos en 1135, y a Oviedo en 1145 y Avilés en 1155, en las confirmaciones de sus fueros⁵⁰⁵. En 1152 Sahagún recibe un nuevo fuero, y con posterioridad a 1152, se concede el fuero de Sahagún a Allariz en 1153-1157, a Ribadavia en 1164, a Quintanilla en 1173, a Santander en 1187 y a Silos en 1209. Además debe señalarse que el fuero de Oviedo se concede en 1168 a Santa María de Campomanes y en 1243 al término de Oviedo, concejo de Nora a Nora. El fuero de Avilés se extiende en 1309 a Gozón, Corveras, Illas, Cerreño y Castrillón. El fuero de Allariz se concede en 1172 y en 1228 a Bonoburgo de Caldelas. El fuero de Ribadavia en 1181 a Melgaço y el fuero de Santander a

501. GARCÍA-GALLO, *Medinaceli* 15.

502. MUÑOZ 471.

503. GARCÍA-GALLO, *Medinaceli* 16.

504. Vid. supra p. 130.

505. Ana María BARRERO GARCÍA, *Los fueros de Sahagún*, en *AHDE* 42 (1972) 414, aunque la confirmación del fuero de Avilés es algo posterior.

Santillana en 1209⁵⁰⁶. En 1255, finalmente, Sahagún recibió un nuevo fuero de Alfonso X.

¿Cuál es la situación de las ordalías? En el fuero de 1085 se regula el empleo de la lid en el homicidio, tanto en el homicidio conocido como en el homicidio realizado de noche⁵⁰⁷. En el fuero de 1152 se establece que no existe el duelo judicial en el homicidio en tumulto. Finalmente el fuero de 1255 guarda silencio sobre las ordalías.

¿Qué se puede obtener del examen de estas regulaciones, siguiendo los esquemas ofrecidos por Ana Barrero?

La regulación del homicidio conocido —¿realizado en poblado y de día?— aparece en una gran cantidad de fueros, así en los de Silos de 1135, en los fueros asturianos, en el fuero de Sahagún de 1152, en los fueros gallegos, en F. Malgaço y en F. Santander, pero no en los fueros de Oporto, S. Frutos, Bonoburgo de 1172 y Quintanilla, así como tampoco en el fuero de 1255 de Sahagún. Sin embargo, la alusión a la lid sólo aparece en el fuero de Sahagún de 1085⁵⁰⁸. La regulación del homicidio realizado de noche es exclusiva del fuero de Sahagún de 1085⁵⁰⁹. El precepto del fuero de 1152, relativo a la muerte en tumulto, aparece en los fueros asturianos y gallegos, así como en F. Santander, y falta en los fueros de Silos de 1135, Bonoburgo de 1172, Melgaço, Quintanilla y Sahagún de 1255⁵¹⁰.

El fuero de Silos de 1135 prohíbe el empleo de las ordalías. El precepto en el que se encuentra dicha prohibición, encuentra un paralelo en los fueros de Sahagún de 1085, asturianos, Sahagún de 1152, Santander y, finalmente, Sahagún de 1255⁵¹¹, pero en ninguno de éstos aparece la exención de las ordalías, establecida por el fuero de Silos. La explicación, en algunos supuestos, de este hecho es fácil de hacer: algunos de estos fueros emplean las ordalías; esto explica que en el examen conjunto de los capítulos comunes a F. Silos y a los fueros asturianos, éstos ofrezcan la

506. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 415.

507. Vid. *supra* p. 128.

508. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. ap. I (F. Sahagún 1085) cap. 19.

509. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 542 (ap. IV cap. 20).

510. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 546 ss. (ap. VI cap. 27).

511. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. Ap. I (F. Sahagún 1085) cap. 1.

novedad de la alusión a la lid ⁵¹². Para terminar de complicar las cosas, baste recordar que en la concesión del fuero de Silos de 1209, por Alfonso VIII, no aparece la prohibición general del empleo de las ordalías, pero se incorpora la prohibición del empleo del duelo en la muerte en tumulto. ¿Cuál es la razón de esta prohibición especial? Al conceder este fuero, el mismo Alfonso VIII establece «cetera vero iudicia que hic non sunt scripta stent sicut usque hodie fuerunt» ⁵¹³, ya que su concesión estaba dirigida «ad sedandam controversiam que vertebatur inter abbatem Sancti Dominici de Silos et eiusdem ville concilium» ⁵¹⁴. La controversia en la muerte en tumulto ¿sobre qué versaba? La alusión a la prohibición de la torna —lid (?)— podría llevar a pensar que en este caso concreto, pese a la prohibición general del fuero de 1135, se había empleado esta ordalía. ¿Sería éste el único caso?

La historia del fuero de Sahagún y de sus concesiones no aclaran la suerte de las ordalías en estos fueros.

Estas simples indicaciones aluden a supuestos especiales de un problema más complejo, que es necesario resolver, si se quiere valorar exactamente el empleo de las ordalías en la Edad Media. Dentro de los fueros consultados pueden distinguirse tres categorías: fueros que prohíben el empleo de las ordalías, fueros que regulan el empleo de las ordalías en determinados supuestos y fueros que guardan silencio sobre las ordalías. La exención de las ordalías aparece dentro de una cláusula más amplia de exención de malos fueros, pero en muchos fueros aparece esta cláusula de exención de malos fueros, sin que se mencione para nada a las ordalías ⁵¹⁵. ¿Cómo debe interpretarse este silencio? Decir que la no inclusión de las ordalías en la cláusula de exención permite afirmar su exclusión del ámbito de aplicación del mencionado fuero, chocaría con las exenciones expresas mencionadas. Deducir

512. Vid. BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 543.

513. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 853 (26-X-1209) 496.

514. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 853 (26-X-1209) 494.

515. Recogemos aquí algunas de estas cláusulas en base únicamente a la edición de fueros de Muñoz; prescindimos de indicar las falsificaciones, pues si los datos no son válidos para la fecha atribuida al documento, si lo son para el momento de la falsificación; MUÑOZ 14-15; 25-26; 34; 58; 99; 171; 178, 206; 227...

del silencio de los fueros, en la cláusula de exención, la utilización de las ordalías dentro de su ámbito de aplicación, chocaría con la regulación expresa del empleo de las ordalías en determinados fueros. Ambas soluciones, en teoría, son posibles, pero es difícil decidir en cada caso concreto por cuál inclinarse. En el fuero de Peralta, concedido por García, rey de Navarra, en 1144, se afirma: «et non habeatis nulla sayonia, neque nulla mala facendera, neque manaria, neque fosatariam», pero, como hemos visto, a pesar del silencio sobre el empleo de las ordalías en la cláusula general de exención, se prohíbe el acudir a la lid⁵¹⁶.

No termina aquí, sin embargo, el problema del silencio de los fueros. Al parecer, conocemos dos fueros diferentes de Nájera; el primitivo guarda silencio sobre el empleo de las ordalías, pero las mismas aparecen reguladas, aunque sea de forma indirecta, en la redacción de la época de Alfonso VII⁵¹⁷.

El 25 de marzo de 1132, Alfonso el Batallador concede a los pobladores de Asín el fuero del burgo nuevo de Sangüesa, estableciéndose que no tengan «ulla torna per ferro neque per batalla, et salve se cum sua iura plana»⁵¹⁸, pero ni en la confirmación de Alfonso el Batallador a los pobladores del Burgo de Sangüesa de los fueros concedidos por Sancho Ramírez, ni en la concesión de Alfonso I el Batallador a los pobladores del Burgo nuevo de Sangüesa del mismo fuero que Sancho Ramírez había otorgado a los del burgo viejo aparece por lado alguno una exención semejante⁵¹⁹. En 1179 el maestre de la orden de Santiago concede un fuero a Uclés, que es confirmado por Alfonso VIII, donde se guarda silencio sobre el empleo de las ordalías⁵²⁰, mientras en el fuero redactado en el siglo XIII aparece regulado el empleo de la lid⁵²¹. En el fuero de Tafalla, datado en 1157, que su editor considera sin em-

516. MUÑOZ 546 y 548.

517. Vid. supra n. 435, en la edición allí mencionada.

518. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros I* 1, 6 (25-III-1132) 124.

519. LACARRA-MARTÍN DUQUE, *Fueros I* 1, 3 (II-1117) 114-115; 4 (II-1122) 115-116. Cf. que en el fuero de Jaca no hay tampoco una exención semejante; únicamente se establece que no acudan al duelo, si las dos partes no están de acuerdo.

520. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 315 (III-1179) 517-522.

521. Vid. supra n. 459.

bargo una redacción del siglo XIII, realizada por el propio concejo, se establece que por ningún pleito sus habitantes deban llevar el hierro candente o someterse a la prueba de las candelas ⁵²², pero en los fueros concedidos a Tafalla en 1066 (?) y confirmados en 1157 por Sancho el Sabio, se guarda un silencio absoluto sobre las ordalías ⁵²³. Este supuesto, además, sirve para ejemplificar perfectamente el problema de las prohibiciones, es decir el valor que debe atribuirse a las mismas.

Para terminar, únicamente queremos aludir al fuero de Llanes, pues está en relación con el problema de la fecha de redacción del fuero de León. Como se sabe, Llanes recibe el fuero de Benavente y en Benavente, en 1167, sus habitantes reciben un fuero de Fernando II, por el cual se les otorga el fuero de León, y que viene a completar uno anterior, que no ha llegado a nosotros.

El fuero de Benavente parece ser que tuvo una amplia difusión ⁵²⁴. Según la redacción que conocemos, en el fuero de León se regula el duelo y la ordalía del agua hirviente, sin embargo, un grupo de fueros, emparentados con este fuero a través del de Benavente, presentan la exención de estas pruebas, con diferentes variantes; para García-Gallo la ausencia de esta exención en el fuero de Villafranca y en el fuero de Milmanda significa que la misma no aparece en el fuero primitivo de Benavente como tampoco aparece en el fuero de Benavente de 1167 ⁵²⁵. Tenemos así que el fuero de León regulaba las ordalías del agua hirviente y del duelo, sobre las que guardan silencio el primitivo fuero de Benavente y el de 1167; el fuero de Llanes excluye el empleo de la prueba caldaria ⁵²⁶ y lo mismo hace el fuero de Parga ⁵²⁷, mientras el fuero de Sanabria de 1220 prohíbe el empleo de la ordalía del hierro

522. Vid. supra n. 415.

523. LACARRA, *Notas* cit. 1 (1066 [?]-1157) 253-254.

524. Vid. para estos problemas, GARCÍA-GALLO, *Benavente* 1143 ss.

525. GARCÍA-GALLO, *Benavente* 1163; téngase en cuenta que García-Gallo habla de la exención de determinados malos fueros, por ello incluye igualmente el Fuero de León, que regula en sus capítulos 19 y 40 las ordalías del duelo y del agua hirviente.

526. Vid. supra p. 126. GARCÍA-GALLO, *León* 94 n. 173, con otra interpretación.

527. Ed. González p. 648-649: «qui uicinus fuerit in Parrega non dabit fumaticam nec panatariam in Parrega, nec habeat fornum de rege, nec caldam, nec sigillum per circuitum uille».

candente y del agua hirviente ⁵²⁸. Independientemente de la fecha que se le quiera atribuir al fuero de León, en el momento de la aparición del fuero de Benavente y de los fueros emparentados, estaría ya redactado en la forma en que lo conocemos, sea que esta forma la haya adquirido en el 1020, sea que la haya adquirido con el falsificador Pelayo. En ambos casos cabe preguntarse, ¿puede utilizarse el duelo en las tres últimas localidades mencionadas? ¿Por qué estas exenciones en estos fueros, mientras se guarda silencio sobre las mismas en los demás fueros emparentados?

El panorama del empleo de las ordalías podría presentarse bajo luces diferentes, según la valoración que demos a determinadas fórmulas empleadas en los fueros. Sólo queremos poner de relieve la ambigüedad de las mismas, pues la resolución de estas ambigüedades, en el supuesto de que puedan ser resueltas, corresponde al momento de proceder a su estudio.

Piénsese, por ejemplo, en la afirmación de Viterbo de que «quando em nossos forais antigos, se diz. v. g. "omnes intentiones sint per inquisitionem bonorum hominum, et non per iudicium", este juizio e o que o direito de Idade Média chamava Juizo de Deos, v. g.: ferro quente, agua fervendo; juramento, desafio, etcétera» ⁵²⁹. Muchos de los fueros no mencionados por guardar silencio sobre las ordalías, tendrían que ser utilizados para testimoniar el empleo de las ordalías. Pero la afirmación de Viterbo, aun teniendo, quizá, su núcleo de verdad, no puede ser aceptada sin más. En el fuero de San Julián, cedido en 1161 por el abad del monasterio de Santa María de Husillos, se dice, «non currat pesquisa inter dominum predicte uille, quicumque fuerit, et uasallus eius sed iudicium» ⁵³⁰. ¿Se prohíbe la pesquisa y se establece, con carácter general, la ordalía? Bastaría con examinar las exenciones de Alfonso VIII, que mencionaremos más adelante, para comprobar que se ponen en un mismo plano las ordalías y la pesquisa.

Muñoz y Romero, por su parte, al comentar la concordia entre el abad de Sahagún y doña María Gómez en 1156, en la que se dice

528. Vid. supra p. 126.

529. VITERBO, *Elucidario* cit. 340 s. v. juizio.

530. Ed. Sáez p. 559.

que «pro homicidio, et pro Rosso delindent se cum quinque de escolleita, aut cum duodecim de volta de suo concilio»⁵³¹, afirma «delindent, peleen. Se refiere a la prueba judicial de la batalla con armas»⁵³². Es posible que tengan razón Muñoz y Romero en su afirmación, pero ésta no puede hacerse con carácter general, pues dicha terminología aparece en diversos fueros, en los que se excluyen precisamente las ordalías, tal como ocurre con el fuero de Palenzuela⁵³³, donde se afirma «delindet se cum suo foro ipse et alter cum eo», que quizá quiera decir que se libre por juramento suyo y de un vecino, como parece mostrar, aunque sea en época posterior, el fuero de Santo Domingo de la Calzada, al afirmar «salbet se pro suo foro, id est, pro sua iura et non amplius»⁵³⁴. El término «delindet» da la impresión que tiene el sentido de deslindar, de purgarse en último término de las responsabilidades, el mismo sentido que puede traducirse por otras palabras, así cuando en el fuero de Peralta de 1144 se dice «et si non fuerit probatus delibret se sibi tercio» o, más claramente todavía, «et homine de alia terra qui clamaret ad homine de Petralia ad batalia non habeat batalia sed... discriminet se cum duos de sos vecinos»⁵³⁵. A veces puede incluso que se unan conceptos parecidos, así cuando se establece en el fuero de Balbimbre, dado por Alfonso VIII en 1187: «pro demanda furti et hereditatis purget et delindet se cum uno tanto suo uicino»⁵³⁶.

Y este último fuero nos sirve para señalar que la aparición de testigos y juramentos para solucionar las cuestiones jurídicas no es suficiente para desechar el empleo de las ordalías, salvo que tal aparición vaya acompañada de un precepto semejante al recogido en F. Madrid 27. Pese a que no existe un precepto expreso de exclusión de las ordalías, es muy posible que el fuero de Balbimbre no conozca este sistema de pruebas, ya que establece que los juramentos se presten en Balbimbre y señala que, en caso de homici-

531. MUÑOZ 176-177.

532. MUÑOZ 176 n. 3.

533. Vid. supra p. 123.

534. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 800 (29-IV-1207) 407.

535. MUÑOZ 547-548.

536. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 476 (18-VI-1187) 817.

dio, el acusado se salve con doce, jurando con seis de ellos, mientras, como hemos visto, en las demandas por hurto o de heredad se salva con tan solo un vecino, añadiendo el fuero que «pro omnia alia calumpnia iuret ipse solus tantum, et si non compleuerit, pactet suum forum»⁵³⁷, pero siempre es posible que nos encontremos con ejemplos como el ofrecido por el fuero de Cetina, en el que si el acusado de la muerte de una persona o de la violación de una mujer, a falta de testigos, se salva con su juramento y el de algunas otras personas, sin embargo el acusado de hurto tiene que acudir a la ordalía del hierro candente⁵³⁸. Dada la regulación fragmentaria que encontramos en estos fueros, es siempre posible que se hayan utilizado las ordalías, pese al silencio sobre las mismas y a su exclusión en determinados supuestos⁵³⁹. Recuérdese, además, la forma un tanto redundante de establecerse la prohibición de las ordalías en los fueros alaveses, ya mencionados. La prohibición de las ordalías precede a la afirmación de que los habitantes de las diferentes localidades, «si potuerit firmare cum duobus uicinis istius uille pectent suam calumpniam qualis iudicata fuerit et si non potuerit firmare audiat suam iuram et dimittat eum»⁵⁴⁰.

De otro alcance son las variaciones que en el panorama del empleo de las ordalías puede introducir la equivocidad de determinados términos. Así, el término batalla, en sentido estricto, alude al duelo, pero en sentido amplio sirve para aludir a cualquier tipo de ordalía⁵⁴¹. Baste recordar aquí F. Palencia 17, que señala que en Palencia no tendrá lugar batalla por cosa alguna, mientras se alude a la prueba caldaria en F. Palencia 34.

Otro tanto podría decirse del término «torna», que, aparte de un valor genérico⁵⁴² puede aludir al duelo o a cualquier otro tipo de

537. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 476 (18-VI-1187) 817.

538. Vid. supra p. 130.

539. Cf. la regulación de los fueros extensos, que puede admitir el empleo de las ordalías en casos insospechados, aunque no hemos dado todos los testimonios del empleo de las ordalías.

540. Vid. supra n. 421 ss.

541. F. Jaca A 28 (batalla); 117 («per bataylla...de ferre calt»); 40 («de tota batalla... asi de ferre calt com de dos omnes»); 206 («lo ferre calt o bataya»).

542. Vid. CANELLAS, *Zaragoza* 8 (14-VI-(1134)) 91.

ordalía. Es suficiente recordar aquí algunos textos ya mencionados, así el fuero de Arguedas simplemente señala que los habitantes de dicha localidad «non abeant torna»; el fuero de Sahagún de 1085 alude a que «ad torna litiget» y el fuero de Asín establece que los habitantes de dicha localidad no tengan «ulla torna per ferro neque per batalla»⁵⁴³.

El riepto conduce normalmente a un duelo, pero no siempre sucede así, de aquí que la alusión a un riepto, no puede llevar a concluir necesariamente que, en el ámbito del fuero que menciona el riepto, se empleen igualmente las ordalías⁵⁴⁴.

Podríamos cerrar este muro de lamentaciones, recordando que en 1168 se concedió fuero a los habitantes de la villa de Madrigal del Monte por el obispo y cabildo de la catedral de Burgos, en el que se establecía que en caso de sospecha, «si negatur coram sex vicinis directureris purgetur»⁵⁴⁵.

Señalados estos obstáculos, que tienen que permanecer insoportables, será suficiente con ocuparnos de los problemas que presentan las fórmulas de prohibición de las ordalías, para poder así determinar su alcance, en otras palabras, para determinar cuáles ordalías estaban prohibidas.

Dado que tenemos la serie completa de determinados monarcas o de algún reino, podemos mostrar de forma más clara este problema, siguiendo esta documentación. En base a la documentación de Alfonso VIII, si prescindimos de los fueros municipales extensos, que le han sido atribuidos, y que quizá no son obra suya, podemos decir que la política de Alfonso VIII se centra en dos tipos distintos de prohibiciones de las ordalías; por un lado, en la regulación de la muerte acaecida en tumulto, cuando los parientes del muerto no pueden elegir por recta inquisición al culpable, entonces el elegido como tal por los parientes se salvará, el solo, por juramento, «et ibi non sit torna». Esta prescripción se encuentra en el fuero de Santander de 1187⁵⁴⁶, en el fuero de Silos de

543. Vid. supra p. 124, 128 y 124.

544. F. Marañón, en RODRÍGUEZ DE LA LAMA, *Rioja* II 62 (1121-1123) 120=MUÑOZ 496; cf. CANELLAS, *Zaragoza* I (I-1119) 83=MUÑOZ 448.

545. SERRANO, *Burgos* III 140 (4-III-1168) 233.

546. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 484 (11-VII-1187) 386=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 8 (11-VII-1187) 593 cap. 26.

1209⁵⁴⁷ y en el fuero de Santillana del Mar de 1209⁵⁴⁸. Al lado de esta fórmula se encuentra otra en la que se establece, como ocurre en 1191 en el fuero de Arganzón, «et non habeatis forum de facere iudicium in ferro neque in aqua callida neque in batalia»⁵⁴⁹. En el fuero de Santo Domingo de la Calzada, del 1207, se dice que sus habitantes «non habeant foro de bella facere, neque de ferro, neque de calida, neque de pesquisa»⁵⁵⁰. En 1209, en el fuero de San Juan de Cella se establece que sus habitantes «non habeant forum de lidiar ni con baston ni con ferro ni con calda»⁵⁵¹. En el fuero de Villaverde-Mojina, concedido en fecha incierta, pero anterior en el tiempo al mencionado de San Juan de Cella, se afirma que «homines de Villauridi non habeant forum preliando cum clipeo neque cum baculo neque cum ferro neque cum aqua calida»⁵⁵². En el fuero de Frias, que no está fechado, se señala que sus habitantes «non habeant foero de bellam facere, nec de ferro, nec de calida, nec de pesquisa»⁵⁵³. Finalmente, en el fuero de Medina de Pomar, también sin fecha, se establece que sus habitantes «non habeant forum de duello faciendum, nec de ferro, nec de aqua callida, nec de pesquisa contra vicinum suum»⁵⁵⁴.

El alcance de estos dos tipos de prohibiciones es muy distinto: en el segundo se prohíbe el empleo de las ordalías, mientras en el primero se excluye su empleo en la muerte en tumulto, lo que no quiere decir que no puedan emplearse en otras ocasiones.

En principio podría afirmarse que la tendencia de Alfonso VIII se inclina a combatir el empleo de las ordalías, pero no debe olvidarse, antes de sentar esta afirmación, que la prohibición del empleo del duelo contra el sospechoso de una muerte en tumulto no significa su no admisión en otros supuestos; que Alfonso VIII ha concedido otros fueros, en los que se guarda silencio sobre las

547. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 853 (26-X-1209) 496.

548. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 855 (12-XII-1209) 503=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 10 (12-XII-1209) 598 cap. 26.

549. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 579 (XII-1191) 34. Vid. supra n. 425.

550. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 800 (29-IV-1207) 404.

551. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 854 (6-XI-1209) 499.

552. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 948 (—) 640.

553. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 950 (—) 641-642.

554. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 951 (—) 646.

ordalías ⁵⁵⁵ y, por último, que Alfonso VIII, en 1184, está presente en un pleito entre dos municipios a cerca de tres majadas, que se resolverá por medio de un duelo ⁵⁵⁶. Y prescindimos aquí del fuero de Cuenca, por las razones expuestas en otro lugar, ya que excluimos que, tal como lo conocemos, sea obra del monarca mencionado, pues en el mismo aparecen regulados el duelo y la ordalía del hierro candente.

La exclusión del duelo en la muerte en tumulto parece arrancar del fuero concedido en 1152 por el rey Alfonso VII y el abad D. Diego del monasterio de Sahagún a Sahagún ⁵⁵⁷. Así se explica que vuelva a aparecer en fueros más o menos a él vinculados como hemos visto, así ocurre en el fuero de Allariz ⁵⁵⁸ y en el fuero de Ribadavia, algo posterior, del 1164 ⁵⁵⁹. Durante el reinado de Alfonso IX vuelve a aparecer esta regulación sin que pueda hablarse de una política clara de este monarca. Al lado de fueros, en los que se guarda silencio sobre las ordalías, aunque por medios indirectos podría llegarse a pensar en su prohibición ⁵⁶⁰ aparece alguna prohibición general un tanto extraña; así en el fuero de Castroverde se establece que «lis non currat nec ferro nec calda nec testimonio» ⁵⁶¹. En el fuero de Sanabria se establece que no exista «juicio de fierro calient o de agua, al que dicen de calda» ⁵⁶², en el fuero de Ribas de Sil se dice que «non debet ibi fieri cal-

555. *F. Pampliega*, en GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, III 836 (31-I-1209) 465, que utiliza, sin embargo, la fórmula general de exención.

556. GONZÁLEZ, *Alfonso VIII*, II 429 (12-XII-1184) 741-742.

557. MUÑOZ 312. Es cierto que aparece en el *F. Avilés* 33=*F. Oviedo* (33), y que, dada la fecha de confirmación de *F. Oviedo*, éste sería anterior al fuero de Sahagún; pero nos parece dudoso que, tal como los conocemos, estos fueros puedan ser anteriores a 1152; añádase, además, que ni en *F. Oviedo* ni en *F. Avilés* aparece la alusión de que no haya torna, pese a que en ambos se regula el duelo y la ordalía del hierro candente; una razón más para justificar lo dicho en el texto: la exclusión del duelo en la muerte en tumulto no significa que no se utilice el mismo en otros supuestos.

558. *F. Allariz* 20—ed. Vázquez Núñez 166—.

559. *F. Ribadavia* 20—ed. Meruéndano 363—.

560. Cf. *F. Villafranca*, en GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 49 (1-II-1192) 80-81.

561. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 163 ((1202)) 230.

562. Vid. supra p. 126.

da»⁵⁶³ y, como hemos visto ya, en el fuero de Llanes y en el fuero de Parga se exime a sus habitantes de la prueba caldaria⁵⁶⁴. Finalmente en el fuero de Bonoburgo de Caldelas de 1228, emparentado con los de Allariz y Ribadavia, se establece también que en la muerte en tumulto «non seya hy torna»⁵⁶⁵.

El panorama que nos ofrece, por su parte, Cataluña presenta unas características especiales. Desde finales del siglo X aparece testimoniado el empleo de la ordalía del agua hirviente, que se desarrolla a partir de la mitad del siglo XI, mientras, paralelo a este florecer de la ordalía del agua hirviente, cobra cada vez mayor impulso el empleo de la ordalía del duelo. También desde los primeros años del siglo XI aparece empleada la ordalía del agua fría, a la que se acude, como hemos visto, para reparar la tregua violada. Estas tres ordalías son las reguladas en los Usatges.

Sin embargo el silencio que ofrecen las cartas de población y franquicias de Cataluña sobre la regulación de las ordalías en los primeros tiempos es total. Si seguimos la edición del prof. Font Rius, podemos constatar que las primeras cartas pueblas guardan silencio sobre el empleo de las ordalías. La alusión que parece remontarse a la carta puebla originaria de Wifredo el Velloso, que aparece recogida en la otorgada por el conde Borrell el 23 de abril del 986 a Cardona, al regular la legítima defensa, señalando «et postea nullam calumpniam pertimesceret in nullum iudicium»⁵⁶⁶ no puede, sin más, identificarse con una alusión al recurso ordalíaco. Sólo de forma indirecta puede pensarse en una alusión al sistema ordalíaco, concretamente a la ordalía del agua fría, en una carta de población concedida por el abad de S. Vicente de Cardona, en compañía del vizconde de Cardona, a los habitantes de esta villa, entre el 1102 y el 1125, al aludirse a la «tregua Dei»⁵⁶⁷. La tregua de Dios se vuelve a mencionar en una carta de franquicias concedida por Ramón Berenguer III a los habitantes del Castillo de Olérdola en 1108⁵⁶⁸. Esta alusión indirecta podía tam-

563. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 458 (2-VII-1225) 571.

564. Vid. supra p. 126, 144.

565. GONZÁLEZ, *Alfonso IX*, II 523 ([28-IV]-1228) 625-626.

566. FONT 9 (23-IV-986) 15.

567. FONT 44 ([1102-1125?]) 74.

568. FONT 45 (26-XI-1108) 77-78.

bién quizá encontrarse en la concesión a los habitantes de Tarragona de las «leges et bonas consuetudines Barchinonensis curiae», pero ya en época algo más tardía⁵⁶⁹. Todo ello no mostraría sino el silencio sobre el régimen ordalíaco en las antiguas cartas de población.

Hay que esperar a la concesión de aquellas cartas pueblas, que constituyen el eje de la población, rondando la mitad del siglo XII, para encontrar mencionada, por vez primera, esta prueba. Esto sucede en la carta puebla de Tortosa, otorgada por Ramón Berenguer IV en 1149, donde se establece que «per clamorem aut per ullum reptir quod vobis facerem non faciatis mecum bataiam neque cum ullo seniore aut baiulo de Tortosa»⁵⁷⁰; es decir, se excluye la ordalía de la batalla —¿el duelo?— para decidir las cuestiones entre los habitantes de Tortosa y el monarca y algún señor o bajulo de Tortosa, lo que puede hacer llevar a pensar que entre sí pueden utilizar esta prueba para resolver sus cuestiones jurídicas. Esta misma prescripción, manifestada de forma más clara, aparece igualmente en la carta puebla de Lérida, concedida en 1150⁵⁷¹ y con ligeras variantes en la carta puebla de Agramunt, concedida en 1163⁵⁷². Tras esta carta puebla, debemos dar un salto de veinte años, para llegar hasta la carta de franquicias otorgada por Alfonso I a los habitantes de Puigcerdá, en 1182, donde se establece «quod omnis populator habens valentem mille solidos, inter mobilem et immobilem, credatur per sacramentum de placito C. solidorum, sine alio iudicio et absque prelio»⁵⁷³, que supone una limitación en el empleo de las ordalías, en concreto de la

569. Vid. los datos y las razones de esta afirmación en IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 274 ss.; la aparición es tardía.

570. FONT 75 (30-XI-1149) 124.

571. FONT 79 (I-1150) 131: «Et quod nos aut aliquis senior vel castlanus sive vicarius aut baiulus Ilerde homo vel femina non faciamus vel faciant ullam forciam vel districtum in personis vestris neque in possessionibus vestris; et quod nos aut ullus senior vel baiulus Ilerde non possimus vel possint vos inculpare aut increpare de aliquo absque legitimis et idoneis testibus; et quod non faciatis nobiscum aut cum aliquo seniore vel baiulo Ilerde bataiam». Para la interpretación dada, vid. lo que sucede en Lérida y Tortosa, y la opinión de Font, en su edición de la C. P. de Tárrega.

572. FONT 122 (13-XI-1163) 177.

573. FONT 167 (VI-1182) 234.

ordalía del duelo, en atención a la riqueza. De nuevo hay que dar otro salto de veinte años, para encontrar, en la carta de franquicias concedida por Pedro I a los habitantes de Colliure, la exención del «iudicium ignis et aque»⁵⁷⁴, que puede provocar dudas sobre el alcance de la misma. En la carta de población concedida por Gombaldo de Santa Oliva a los habitantes de Lledó, en 1210, se encuentra una prescripción parecida a la encontrada en las cartas pueblas de Tortosa, Lérida y Agramunt; no se olvide que el concedente es el obispo de Tortosa, quien establece que «per clamorem aut per ullum repetir quod vobis facerem non facietis mecum bataiam neque cum seniore aut baiulo de Ledone»⁵⁷⁵. Pedro I, en la carta de franquicias concedida a los habitantes de Balaguer, en 1211, aclara algo más, pero, al mismo tiempo, quizá complique la situación, al declarar que los habitantes de Balaguer en sus controversias con el monarca o con sus caballeros y castellanos de aquella ciudad «semper sint liberi et inmunes et penitus alieni a iudicio sive purgatione candentis ferri et aque calide vel frigide, ita scilicet ut in huiusmodi iudiciis sive purgationibus tenentur solummodo simplex iuramentum prestare salvis invicem vicinaliter purgationibus supradictis»⁵⁷⁶. Este mismo monarca, en 1213, con asenso de Nuño Sanç, concede a los habitantes de Salses una carta de franquicias, donde se establece que en Salses y en su término «non fiat unquam nec sit bellum nec iudicium aque frigide vel calide aut iudicium ignis vel ferri inter habitatores ipsius castri et ville de Salsis vel inter extraneos ibi venientes; nec nos nec nostri nec possint probare vel averare per sagiones curie vel etiam per alios curiales aliquid alicui homini vel femine prefati castri et ville de Salsis»⁵⁷⁷. En 1225, en la carta de población y franquicias otorgada por Nuño Sanç a los habitantes de Bellver, volvemos a encontrar una limitación en el empleo de las ordalías ya conocida, al establecerse en dicha carta «quod omnis populator et habitator in dicto podio habens valentem mille solidos inter mobile et immobile, credatur per sacramentum de placito centum solidorum, sine alio

574. FONT 223 (24-VIII-1207) 309.

575. FONT 232 (13-X-1210) 325.

576. FONT 234 (16-IX-1211) 327.

577. FONT 237 (21-II-1213) 332.

iudicio et absque prelio»⁵⁷⁸. Aunque de forma no expresa, pero si implícita, esta limitación prueba el empleo del duelo en Bellver. Pocos años más tarde, Nuño Sanç concede a los habitantes de Clará una carta de franquicias, que vuelve a presentar algunas dificultades de interpretación, al establecer que «non fiat unquam nec sit bellum ab hominibus vel populatoribus nostris, nisi fieret de voluntatem eorumdem, vel iudicium aque frigide vel calide, aut iudicium ignis vel ferri, inter habitatores et populatores nostros ipsius castri et ville de Clerano, vel inter extraneos ibidem venientes in dominatione nostra»⁵⁷⁹. ¿Se distingue entre una ordalía del fuego y una ordalía del hierro candente, de la misma manera que se distingue entre una ordalía del agua fría y una ordalía del agua hirviente? Y terminaremos, para no seguir adelante con esta enumeración, con una carta de población otorgada por Ramón de Setmenat a los habitantes de Castles, que vuelve a recoger la antigua prescripción aparecida por vez primera en la carta puebla de Tortosa, «per clamorem aut per ullum reptum quod vobis facerem non faciatis mecum bellum neque cum ullo seniore aut baiulo de Castles»⁵⁸⁰.

Son estas las cartas pueblas, salvo error, en las que se alude expresamente a las ordalías. Es muy posible que no sean las únicas que prohíben o limiten o regulen su empleo en Cataluña; de forma indirecta, quizá se excluya el empleo de las ordalías por ejemplo en la carta de población otorgada por Bernardo de Anglesola a los moradores de Golmés, en 1204, al establecer que el concedente «aut ullus senior vel baiulus nec saionus de Golmers non valeamus neque possint vos inculpare neque blasphemare de aliquo absque legitimis et idoneis testibus»⁵⁸¹; la exclusión de las ordalías parece limitarse a las relaciones entre los habitantes y los señores, como mostraría la comparación con el precepto de la carta puebla de Tortosa. Esta exclusión tácita de las ordalías, aunque sea en un campo limitado, debe darse por cierta, si no nos equivocamos en la interpretación de la carta puebla de 1225 concedida en Bellver,

578. FONT 248 (26-XII-1225) 354.

579. FONT 261 (12-XII-1233) 375.

580. FONT 270 (13-VIII-1237) 392.

581. FONT 218 (30-VII-1204) 300.

en la carta puebla concedida a esta misma localidad, en 1243 por Jaime I, donde se establece que «quilibet vestrum credatur usque ad sumam C solidos si suum valebit mille solidos»⁵⁸².

Si quisiéramos resumir el contenido de estas distintas prescripciones, podríamos acogerlas dentro de tres apartados diferentes: a) exclusión del empleo de la batalla para dilucidar las cuestiones entre el señor y los habitantes de las localidades de Tortosa, Lérida, Agramunt y Lledó. ¿Qué se entiende por batalla y cómo se interpreta esta prohibición? En la carta puebla de Castles se utiliza el término «bellum», pero en la carta puebla de Balaguer se excluye la prueba del hierro candante, del agua fría y del agua caliente, mientras se guarda silencio sobre el duelo; además claramente pone de relieve que los pleitos entre los vecinos pueden resolverse acudiendo a las mencionadas ordalías⁵⁸³; b) exclusión del empleo de la lid para dilucidar pleitos que no rebasen un determinado montante económico, cuando las partes tienen un patrimonio de un valor establecido; esto ocurre en Puigcerdá y Bellver, en 1225 y, podríamos añadir, en 1243; c) prohibición del empleo de las ordalías, con mención de la ordalía del fuego y del agua en Colliure, del duelo, del agua fría y caliente, del fuego y del hierro candente en Salses, y de las mismas ordalías en Clará, pero incorporando la indicación que tales pruebas no tendrán lugar, sino es con el acuerdo de ambas partes; principio que quizá no deba limitarse únicamente al duelo, sino que deba extenderse a todas las ordalías mencionadas.

Sólo este último grupo excluye, de forma tajante, el empleo de las ordalías, aunque no siempre es fácil de saber si prohíben las mencionadas cartas pueblas el empleo de todas las ordalías o exclusivamente de las mencionadas. El grupo b) parece excluir la lid en determinados casos, dando así ocasión para pensar que sería posible su empleo fuera de aquellos límites, sin que se pueda afirmar que al lado del duelo judicial pudieran emplearse otras ordalías. Finalmente, el grupo a) excluye el empleo de la batalla para resolver las cuestiones entre vecinos y señor, sin que se pueda identificar plenamente el significado de «batalla», salvo en Castles,

582. FONT 279 (6-I-1243) 406.

583. Vid. *infra* p. 156 ss.

donde el término «bellum», parece aludir al duelo judicial. ¿Pueden emplear entre sí los vecinos de estas localidades las ordalías? ¿Qué ordalías pueden utilizar? Sólo en la carta puebla de Balaguer se alude expresamente a esta utilización de las ordalías para resolver las controversias entre los vecinos, pero sin mencionar, entre las ordalías, el duelo.

Esta misma posibilidad debió darse en las otras localidades mencionadas, a la vista, en algunos casos, de las redacciones posteriores de su derecho. El problema, sin embargo, radica en determinar si la interpretación del término batalla, en sentido amplio, se hizo desde el primer momento, pues la ampliación de su sentido pudo llevarse a cabo con el transcurso del tiempo. En 1196, al confirmar Pedro I y el conde de Urgell, Ermengaud, la carta de población de Lérida, establecen que sus habitantes no hagan con las mencionadas personalidades «aut cum aliquo seniore vel baiulo Ilerde batallam per hominem nec per ferrum, nec per aquam, nec per aliud iudicium»⁵⁸⁴. El hablar de «batallam per hominem» podría hacer pensar que la confirmación no tiene otra finalidad que la de aclarar lo establecido en 1150, sin por ello modificar o alterar el originario alcance de la prescripción, contenida en la primera carta, pero, quizá, quiera especificar la antigua prescripción, que los señores de la ciudad no respetaban, acudiendo a las otras ordalías.

En la redacción del derecho leridano de 1228, Guillermo Botet sintió la necesidad de recoger ambos privilegios, y así nos encontramos en el capítulo 6, con la afirmación de que los habitantes de Lérida no hacen «batalliam» con los condes concedentes, ni con ningún señor o batlle de Lérida, mientras en el capítulo 27 se establece que los habitantes de Lérida no están obligados a hacer con los concedentes «batalliam... per hominem uei ferrum nec per aliud iudicium, nec per aquam», es decir duelo, ordalía del hierro candante y ordalía del agua, sin especificar cuál de las ordalías del agua o si se excluyen los dos tipos; la inclusión de «per aliud iudicium» parece indicar que se excluye cualquier tipo de ordalía.

584. F. VALLS-TABERNER, *Les fonts documentals de les «Consuetudines Ilerdenses»*, en *EUC* 11 (1926) 150.

La redacción de 1228 admite entre los vecinos el empleo de las ordalías, sobre el cual guardaba silencio la carta originaria y la confirmación de 1196. Entre la redacción originaria del privilegio de 1196 y la del artículo 27 existe una pequeña diferencia, que viene representada por la colocación de la mención de la ordalía del agua. Este hecho quizá sirva para que no se haga una trasposición mecánica de la regulación de las relaciones entre el señor y los habitantes de Lérida a la regulación de las relaciones entre los ciudadanos.

Como hemos dicho, en la redacción de 1228 de las costumbres de Lérida se establece que las controversias entre los vecinos pueden resolverse por medio de las ordalías. Dentro del apartado de las costumbres no escritas hasta aquel momento, se recoge, a partir del capítulo 125, la regulación de las ordalías, bajo el título «De tornis». C. Lérida 125 establece, de forma quizá sorprendente dada la tradición catalana, el empleo de la ordalía del hierro, «quia non utimur tornis aque». Al lado de la ordalía del hierro candente, se menciona igualmente la ordalía del duelo. C. Lérida 128 determina cuándo debe emplearse la ordalía del hierro: los campesinos y los ciudadanos inferiores deben utilizar esta ordalía. En C. Lérida 141 se reconoce la posibilidad de que la mujer, que ha tenido un hijo fuera del matrimonio, acuda a la «torna», para obligar a que el padre alimente a su hijo, pero sin especificarse qué tipo de torna debe utilizarse, quizá en atención al establecimiento de un principio general en C. Lérida 128.

Los habitantes de Tárrega, que recibieron una carta de franquicias concedida por Ramón Berenguer III, en 1116⁵⁸⁵, en la que se guarda silencio sobre las ordalías, regularán su empleo en la redacción de su derecho acometida en 1243, concedida por Jaime I. El empleo de las ordalías queda a la voluntad de las partes y la regulación de este precepto muestra al mismo tiempo la fluidez del lenguaje y su imprecisión. Se contraponen «tornas» y «batalla», incluyéndose en aquellas la ordalía del agua fría y del agua hirviente y la ordalía del hierro candente⁵⁸⁶. Su valor para la interpretación

585. FONT 48 (5-II-1116) 81-82.

586. C. Tárrega 9: «Stare non teneatur aliquis ad batalliam neque tornas aque calide vel frigide vel ferri calidi nisi de voluntate partium fuerit».

de las cartas de franquicias es más limitado, al no tener un antecedente en que se recogiese las ordalías, pero al menos sirve para mostrar su empleo en el ámbito municipal.

De forma indirecta, y confirmando la interpretación llevada a cabo con las costumbres de Lérida, puede afirmarse quizá el empleo de las ordalías en Tortosa, en cuya carta de población se había excluido la batalla para resolver las cuestiones entre el señor y los moradores de Tortosa. En la redacción de su derecho, llevada a cabo a finales del siglo XIII, se prohíbe el empleo de las ordalías⁵⁸⁷. En C. Tortosa 1,1,12 se prohíbe el duelo y las ordalías del agua fría, del agua caliente y del hierro candente. Se establece la oposición entre batalla —duelo— y purgación —las ordalías mencionadas—. C. Tortosa 9,12,1 prohíbe el empleo de las batallas, que debe entenderse, a la vista del capítulo mencionado y de la comparación con los *Fori Valentiae* 133, que alude exclusivamente al duelo.

Esta prohibición de las ordalías parece afianzarse con el tiempo, pues las costumbres de la *Baiulia de Miravet*, que dependen de las costumbres de Lérida, también las prohíben. Se mantiene la prohibición de realizar con el señor el duelo —*proelium*— y ordalías —*iudicium ferri neque aque*— en C. *Mirabeti* 5, mientras la prohibición general vuelve a mostrar la fluidez y ambigüedad de la terminología. En C. *Mirabeti* 101 se afirma «hic non fiunt tornes aut iudicium ferri neque aque»⁵⁸⁸. Todavía en la compilación de las ordenaciones del valle de Aneu de 1337, realizadas por Arnau Roger III, que se recogen en un documento de 1398, se prohíbe el recurso al hierro candente, como se venía haciendo hasta aquella época, porque tal recurso «sia contra Deu e dret e raho e periglos a cos e anima»⁵⁸⁹.

El examen de las prohibiciones y de las regulaciones de las ordalías en los fueros mencionados hacen resaltar en primer lugar un

587. Bienvenido OLIVER, *Historia del derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa* III (Madrid 1879) 516.

588. Las costumbres de Horta, vinculadas igualmente a las costumbres de Lérida, guardan silencio sobre las ordalías. Cf. C. *Mirabeti* 113, que refleja C. *Lérida* 141, pero excluyendo el recurso a las «tornas» y 17.

589. VALLS TABERNER, *Privilegis* II 6 (18-XII-1398) 223.

hecho, que no siempre parece haberse tomado en consideración. Las prohibiciones del empleo de las ordalías no abarcan todas las ordalías, cuyo empleo ha sido testimoniado en la península, ni los fueros, que regulan el empleo de las ordalías, se ocupan de todas ellas.

¿Cómo debe interpretarse este silencio? De forma un tanto aproximada podríamos decir que las prohibiciones, que aparecen en los fueros y cartas pueblas tardíos, suelen ser mucho más detalladas que las recogidas en los textos más antiguos. Esto ya presenta el primer problema. Recordemos, por ser el texto quizá más completo, la carta de franquicias de Clará, donde se establece que no se haga «nec... bellum... vel iudicium aque frigide vel calide, aut iudicium ignis vel ferri»⁵⁹⁰. ¿Puede afirmarse que se ayude a cinco tipos diferentes de ordalías? Un *iudicium ignis* se menciona de forma esporádica en los fueros concedidos a Alava, así en F. Antoñana de 1182 y F. Bernedo de 1182, mientras los fueros de Corres de 1256 y de Campezo de 1256, hablan de un juicio del fuego, pero su silencio en torno al empleo de la ordalía del hierro candente y la comparación con los demás fueros alaveses, donde se menciona la ordalía del hierro candente y se guarda silencio sobre la ordalía del fuego, quizá autorice a identificar en la ordalía del hierro candente ambas denominaciones diferentes. ¿Podría hacerse lo mismo con los testimonios catalanes? La aparición conjunta del *iudicium ignis vel ferri* de la misma manera que *iudicium aque frigide vel calide* parece indicar que se pretende distinguir dos tipos de ordalía, la ordalía del fuego y la ordalía del hierro candente, aunque la fórmula de la carta de franquicias de Colliure, «iudicium ignis et aque», llevaría a realizar la identificación que hemos llevado a cabo en los fueros alaveses⁵⁹¹.

Esta mención de la carta de franquicia de Colliure nos lleva a preguntarnos por el valor del «iudicium aque». Quizá deba distinguirse lo que sucede en Cataluña de lo que puede suceder en otros

590. Vid. supra n. 579. Cf. dentro de sus particularidades, C. Salses de 1213; Balaguer de 1211, donde falta la cita del duelo, y C. Colliure de 1207; «iudicium ignis et aque».

591. Cf. para la ordalía del fuego, BRUNNER *DRG* II 547 n. 42.

lugares. Mientras en Cataluña se conocían los dos tipos de ordalía del agua, en el resto de la península parece desconocerse la ordalía del agua fría. Así cuando F. Antoñana de 1182, F. Bernedo de 1182, F. Corres de 1256 y F. Campezo de 1256 hablan de un juicio del agua, sin más, a la vista del resto de los otros fueros, debe llegarse a la conclusión de que sólo aluden a la ordalía del agua caliente; recordemos que el fuero de Sanabria de 1220 prohíbe el empleo del «juicio... de agua, al que dicen de calda». Sin embargo, cuando en la carta puebla de Colliure se menciona exclusivamente el juicio del agua, quizá se pretenda acoger ambos tipos de ordalía: la del agua fría y la del agua hirviente.

Hasta el momento hemos visto únicamente problemas de interpretación; otro carácter tiene la valoración de los silencios de los fueros. En los fueros alaveses se menciona, de forma regular, el duelo, la ordalía del hierro candente y la ordalía del agua hirviente, si aceptamos las explicaciones para el juicio del fuego y del agua. Sin embargo dudas ofrecerían los fueros de Laguardia y Labraza, que hablan de «batalla non de ferro nec de aqua calida». ¿Se guarda silencio sobre el duelo? Con el apoyo de los demás fueros, quizá sea aconsejable pensar en una redacción desafortunada y concluir que se mencionan, como en los restantes fueros, tres tipos diferentes de ordalía: duelo, hierro candente y agua hirviente.

Las cartas de franquicia catalanas ofrecen, en algunos casos, como hemos visto, una gran riqueza de menciones de los diferentes tipos de ordalías. Dentro de esta misma riqueza podrían incluirse, con las dudas señaladas, las cartas pueblas de Tortosa de 1149, Lérida 1150 y Lledó 1210, que con el término «batalla» pretenderían abarcar todas las ordalías, aunque no siempre estemos en condiciones de determinar hasta qué punto esta afirmación no es el resultado de una evolución posterior. La mención exclusiva de «bellum» o «proelium» en Puigcerdá en 1182 y en Bellver en 1225 se explicaría por recoger estas cartas de franquicias una limitación del empleo de las ordalías; no es así necesario entender que sólo se conocía el duelo en estas localidades. La mención de «bellum» en la carta de franquicias de Castles, mientras en las cartas más antiguas se utilizaba el término equívoco «batalla», sería el de más difícil interpretación. Quizá debiera entenderse que se alude única-

mente al duelo, por ser la única ordalía que todavía se sigue utilizando.

Los fueros de Alfonso VIII, como los fueros alaveses, prohíben el empleo de tres tipos de ordalía: el duelo —en algún caso se indica que es el duelo con escudo y bastón—, hierro candente y agua hirviente. Aquellos fueros donde se prohibía el empleo de las ordalías en la muerte en tumulto tienen el término «torna», de difícil interpretación. Es posible que en estos supuestos se aluda al duelo, por razón del delito, pero nada impide que puedan acogerse los tres tipos de ordalía que hemos mencionado. Los fueros de Fernando II y Alfonso IX, que están vinculados al fuero de Sahagún, ofrecen igualmente el término «torna»; para los mismos vale lo ya dicho. Los demás fueros de Alfonso IX ofrecen una variedad grande: el fuero de Castroverde prohíbe el empleo del duelo, del hierro candente y del agua hirviente; el fuero de Sanabria conoce ya solo el hierro candente y el agua hirviente; el fuero de Ribas de Sil menciona exclusivamente la prueba caldaria, como los fueros de Llanes y Parga.

Y con esto entramos ya en el problema de la interpretación de estos silencios. Los fueros más antiguos citan únicamente, para prohibirla, la prueba caldaria, tal como ocurre en el 955 —si se acepta esta fecha— y en su confirmación de 1012; también se menciona sólo la prueba caldaria en los ya mencionados fueros de Llanes y Parga, de la época de Alfonso IX, pero si reciben el fuero de León, a través del fuero de Benavente, es posible que haya permanecido en vigor el duelo. El duelo —de bastón— y el hierro candente se prohíben en F. Caparroso de 1102 y F. Santacara de la misma fecha; el duelo y la prueba caldaria se prohíben en F. Lerma de 1148; en F. Palencia se prohíbe la batalla y se regula el empleo de la caldaria. La prohibición de la lid, del hierro candente y del agua hirviente aparece en F. Palenzuela, F. Logroño y F. Miranda, todos ellos probablemente de la época del emperador⁵⁹² y F. Silos de 1135, del mismo monarca. F. Peralta menciona sólo la lid, mientras F. Arguedas del 1092 menciona la «torna», con los problemas de interpretación que hemos visto, lo mismo que F. Saha-

592. Si consideramos «non faciant bella de ferro, neque de calida», como una mala redacción.

gún de 1152. Queda por mencionar el fuero de Tafalla, en el que se alude a las ordalías de las candelas y del hierro candente, probablemente redactado en el siglo XIII.

¿Qué ordalías aparecen reguladas en los distintos fueros mencionados? El duelo se regula en F. Jaca, F. Estella, F. Sepúlveda, F. Sahagún de 1085, F. Calatayud, F. Guadalajara de 1133 y F. Medinaceli. La ordalía del hierro candente aparece regulada en los privilegios emparentados de San Juan de la Peña, Santa María de Alquezar, Hospital de Santa Cristina y San Pedro de Jaca, así como en F. Basbastro. La ordalía del agua caliente aparece regulada en F. Villavicencio. El duelo y la ordalía del agua hirviente se regulan en F. León de 1020. La ordalía del hierro candente y la del agua hirviente se regulan en F. Nájera. Finalmente el duelo y la ordalía del hierro candente se regulan en fuero Daroca y en los fueros de Estella, San Sebastián, Avilés y Oviedo, así como en la casi totalidad de las redacciones extensas de derecho, aunque en algunos de ellos sólo se conoce el duelo, mientras excepcionalmente en algún otro pueden mencionarse otras ordalías ⁵⁹³.

De esta enumeración pueden deducirse algunas conclusiones de un cierto valor, a nuestro entender.

Aludamos en primer lugar a la ordalía del hierro candente, una de las más mencionadas en los fueros tardíos. Por vez primera—dentro de los límites en que se mueven estas afirmaciones—aparece en la carta judicial de San Juan de la Peña y en las cartas judiciales emparentadas. Aparece en territorio aragonés y en sus fueros se recoge. Aparece también en las recopilaciones privadas de sus fueros, así como en las distintas redacciones del fuero de Jaca. También aparece en los fueros navarros y en el fuero General de Navarra. Los fueros de la familia Cuenca-Teruel recogen igualmente la regulación de la ordalía del hierro candente, pero su aparición en Castilla-León parece ser tardía. En contra de esta afirmación pueden mencionarse el Fuero de Palenzuela de 1074, en su datación tradicional, así como los fueros de Nájera de 1076, de Logroño de 1095 y de Miranda de 1099, pero todos ellos, tal como los conocemos, pertenecen a una época más tardía, a la época del

593. Vid. supra n. 456 ss.

emperador, cuando en el fuero de Silos de 1135 se incorpora a la prohibición de la lid y del agua hirviente, el hierro candente.

Téngase en cuenta que en el fuero de Palenzuela se menciona el duelo con escudo y bastón, que sin embargo parece haberse extendido tras su regulación por Alfonso VI en 1091. Mayor importancia tienen otros indicios para confirmar estas afirmaciones.

Durante los siglos VIII, IX, y X, en León, no aparece testimoniado el empleo del duelo ni de la ordalía del hierro candente. Por primera vez aparece regulado el duelo en el fuero de León de 1020, según la datación de Sánchez Albornoz, acompañado de la regulación de la ordalía del agua hirviente, empleada desde el 912, fecha a la que se remonta el primer documento que la testimonia.

Dentro de estos datos deben valorarse algunos privilegios regios ya mencionados⁵⁹⁴. En 1036, el privilegio concedido a la iglesia de Oviedo menciona únicamente la prueba caldaria, única prueba que conoce igualmente otro documento de Fernando I, de 1043. A la ordalía del agua hirviente alude de forma exclusiva la regulación de su empleo para la tierra de León de 1072. Y finalmente —quizá sea éste el argumento más valioso— en 1087, Alfonso VI concede un privilegio a los clérigos de la catedral de Astorga, eximiéndoles de la pena caldaria y del duelo. Todo esto lleva a pensar que la extensión de la ordalía del hierro candente por estas tierras debió realizarse en época tardía, sin atrevernos a afirmar que pudiera introducirse a través de Aragón. El camino de Santiago y la influencia eclesiástica en la época de Alfonso VI, podría explicar esta introducción. No se olvide su aparición en la época del emperador en el fuero de Silos. La introducción fue tardía, pero su triunfo, al menos aparentemente, fue claro. En los fueros extensos, al lado de la lid, la única ordalía conocida es la del hierro candente.

También en Cataluña su introducción parece ser tardía, aunque aparece mencionada, para prohibirla o para regularla, en las cartas de franquicia del siglo XIII. Su primera mención parece remontarse a los últimos años del siglo XII, en el privilegio concedido en 1198 a Lérida, confirmando su primitiva carta de población. Para confirmar estas afirmaciones, recordemos simplemente que Us. 1, que, en todo caso, no es anterior a la época de Ramón Berenguer IV, recor-

594. Vid. supra n. 483 ss.

daba que, antes de la aparición de los Usatges, todos los pleitos eran juzgados «per sacramentum, vel per batalliam, vel per aquam frigidam sive calidam». Se mencionan así las ordalías que aparecen reguladas en los Usatges y mencionadas en los documentos a partir del siglo XI, pero se guarda silencio sobre el empleo del hierro candente ⁵⁹⁵.

La ordalía del agua hirviente, por el contrario, aparece testimoniada como la más antigua empleada tanto en León como en Cataluña, pero su empleo no ha sido general en toda la península. Los fueros aragoneses mencionados guardan silencio sobre su empleo; el único testimonio existente, al parecer, es la fórmula de San Juan de la Peña, ya citada. Este mismo silencio sobre el empleo de la ordalía del agua hirviente se observa en las redacciones extensas del Fuero de Jaca. Esta afirmación parece ser válida para Navarra, aunque la prueba de la ordalía del agua hirviente («gleras») aparece recogida, con una regulación propia, en el fuero General de Navarra, pero no en los fueros breves consultados, ni en los fueros extensos de Viguera y Val de Funes y de la Novenera. No olvidemos que la fórmula de San Juan de la Peña es del siglo XIII, posterior a la prohibición de las pruebas vulgares por la Iglesia, y está emparentada con el Fuero General de Navarra.

Hay otro hecho que debe resaltarse: pese a su empleo antiguo, la ordalía del agua hirviente parece haber entrado en crisis, quizá por la concurrencia de la ordalía del hierro candente. Independientemente de su mantenimiento en la práctica, debe señalarse que las redacciones de derecho del siglo XIII no incluyen esta ordalía, pues se limitan a la ordalía de la lid y, en su caso, del hierro candente. Esto se da en los fueros extensos castellano-leoneses, pero también en los fueros navarros —con la excepción del Fuero General de Navarra— y en el fuero de Jaca. El panorama ofrecido por Cataluña no es tan homogéneo: las costumbres de Lérida de 1228 especifican claramente la no utilización de la ordalía del agua, pero la misma se menciona en las costumbres de Tárrega y se recoge en los Usatges.

Prueba de esta crisis de la ordalía del agua hirviente parece reflejarla la prueba de la paternidad; mientras los testimonios más

595. Vid. supra n. 375.

antiguos señalan el empleo de la ordalía del agua hirviente en la prueba de la paternidad, a partir del siglo XII la ordalía mencionada es la del hierro candente ⁵⁹⁶.

El examen realizado, dentro de los límites que hemos indicado, muestra igualmente lo arriesgado de hablar de una crisis del empleo de las ordalías a fines del siglo X o a fines del siglo XI. Durante los siglos XI, XII y XIII tenemos, al mismo tiempo, testimonios de la exención del empleo de dichas pruebas y testimonios de la regulación de las mismas. Ambos tipos de testimonios no pueden demostrar el empleo de las ordalías en la vida jurídica de aquellos tiempos, aunque puedan servir de indicio de su empleo y del afán de combatirlo.

Los datos que tenemos de un empleo efectivo de dichas ordalías en los procesos no son suficientes para confirmar o desechar la idea de una crisis en la aplicación de las ordalías, principalmente porque todo hace pensar que las ordalías no debieron ser nunca muy bien vistas ⁵⁹⁷.

A partir del siglo XIII, y como consecuencia de las prohibiciones eclesiásticas de las ordalías, aparentemente el panorama cambia. En 1215, en el cuarto concilio de Letrán, se prohíbe, en el canon 18, la participación de los eclesiásticos, realizando el rito de la bendición o de la consagración, en las ordalías del agua hirviente, del agua fría y del hierro candente, sin que esta prohibición afecte para nada a las prohibiciones antiguas del duelo ⁵⁹⁸. Esta prohibición fue incorporada a 9, X, 3, 50, a través de la *Compilatio IV*, alcanzando una cierta extensión en la península, al ser retomada en las decisiones de algunos sínodos en 1255, 1288 y 1322 ⁵⁹⁹.

Pocos años más tarde se producen las prohibiciones de Honorio III, a través de dos decretales, una de las cuales, incorporada en la *Compilatio V* y, más tarde, en las *Decretales de Gregorio IX* (3, X, 5, 35) ⁶⁰⁰ prohíbe el empleo de la ordalía del hierro candente.

596. Vid. *infra* p. 182 ss.

597. Vid. *infra* p. 218 ss.

598. MANSI XXII 1006-1007. El epígrafe de este canon es «De iudicio et sanguinis et duelli clericis interdicto». La alusión a las antiguas prohibiciones del duelo, quizá aludan a *C. Letrán III-20*—en MANSI XXII 229—.

599. Vid. *supra* n. 488, 489, 490.

600. LEITMAIER, *Die Kirche* cit. 95, pero debe salvarse la errata.

Esta decretal de Honorio III está incluida en el título «De purgatione vulgari» con otras dos, una de Celestino III y otra de Inocencio III, en las que se prohíbe el empleo del duelo.

A partir de este momento, la presión contra las ordalías se hará cada vez más grande, pero, al mismo tiempo, debe señalarse que es precisamente en el siglo XIII cuando se produce la regulación pormenorizada del empleo de las ordalías en las relaciones extensas de derecho, tanto en el ámbito municipal como en el regio, aunque en este último con características especiales.

La prohibición del empleo de las ordalías no parece responder a una política regia determinada. Al menos puede señalarse la ambigüedad de la política de algunos monarcas de fines del siglo XII y comienzos del siglo XIII, que, aparentemente, es más explicable en la época anterior a las prohibiciones eclesiásticas mencionadas.

El emperador Alfonso VII puede ser considerado como el representante de una política dirigida a combatir las ordalías, si de su época proceden los fueros de Palenzuela, Logroño, Miranda, Silos y Lerma⁶⁰¹, que prohíben el empleo de las ordalías, con un alcance diferente. También Alfonso VII concede el fuero de Sahagún de 1152, pero la exclusión de la «torna» en el homicidio en tumulto tiene otro alcance, como hemos visto, que las prohibiciones anteriores, ya que puede admitirse la posibilidad del empleo de las ordalías en otros supuestos⁶⁰². Sin embargo, también proceden del emperador el fuero de Nájera, así como el fuero de Guadalajara de 1133, en los que se regulan las ordalías⁶⁰³. Y no mencionamos las confirmaciones de los fueros de Oviedo y Avilés, porque no nos parecen que en la redacción que ha llegado hasta nosotros sean de Alfonso VII⁶⁰⁴.

Además, si se repasa la documentación de este monarca, publicada por Rassow, puede constatarse que el silencio sobre las orda-

601. Vid supra p. 123 ss.

602. Vid. supra p. 147.

603. Vid. supra p. 128 ss.

604. Vid., sin embargo, BARRERO GARCÍA, *Los fueros* cit. 434 ss. para su atribución al emperador, con apoyo en Lapesa.

lías es la tónica general de la misma, pese a que se mencione la exención general de malos fueros ⁶⁰⁵.

Este mismo silencio se refleja en otros fueros concedidos por este monarca, no mencionados en el elenco anteriormente citado, tal como puede comprobarse siguiendo el registro de Rassow e intercalando algún que otro fuero no mencionado en el mismo. Se guarda silencio sobre las ordalías en las distintas confirmaciones de fueros de Toledo, comenzando por aquella confirmación tradicionalmente fechada en 1118 y que García-Gallo considera una recopilación llevada a cabo hacia el 1166 ⁶⁰⁶, en los fragmentos que se conocen del fuero de Santa Olalla, concedido por Alfonso VII en 1124 ⁶⁰⁷, en el fuero de San Frutos de 1126 ⁶⁰⁸, en el fuero de Lara de 1135 ⁶⁰⁹, en la confirmación del fuero de Alesón de 1135 ⁶¹⁰, en el fuero de Villavilla (Burgos) de 1135 ⁶¹¹, en la confirmación de los fueros de Santa Eugenia de Cordovilla de 1136 ⁶¹², en la carta puebla de San Andrés de Ambrosco de 1136 ⁶¹³, en el fuero concedido al castillo de Oreja en 1139 ⁶¹⁴, en el fuero de San Zoilo de Carrión de 1142 ⁶¹⁵, en el fuero de Catalife de 1141 ⁶¹⁶, en la confir-

605. RASSOW, *Alfonso VII*, 3 (I-V-1127) 68; 5 (I-V-1129) 70; 9 (II-1137) 75; 11 (VI-1137) 77; 22 (VI-1144) 91-92; 28 (25-XI-1147) 99; 30 (26-III-1149) 102; cf. 23 (4-VIII-1144) 93; 53 (4-II-1155); 130.

606. GARCÍA-GALLO, *Toledo* 341 ss.; en los apéndices podrán verse estos distintos fueros.

607. GARCÍA-GALLO, *Toledo* 3 (6-IV-1124) 463.

608. FEROTÍN, *Silos* 41 (18-VI-1126) 59.

609. SERRANO, *Arlanza* 95 (3-V-1135) 176 ss.=MUÑOZ 519 ss., aunque parece excluir las ordalías.

610. Ed. HERGUETA 129-130=RODRÍGUEZ DE LAMA, *Rioja* II 109 (10-XI-1135) 171.

611. Ed. Andrés 223; cf. 266 ss.; hay cláusula de exención.

612. ALAMO, *Oña* I 175 (20-II-1136) 210-211. Cf. RASSOW, *Alfonso VII* cit. 426.

613. Ed. Hergueta 134 (9-III-1136)=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 4 (9-III-1136) 586-587; es apócrifa la carta de inmunidad otorgada por Alfonso VII al monasterio de Santa María del Puerto (Santoña)—ed. Hergueta 127-128 (1137?)=MARTÍNEZ DÍEZ, *Santander* 1 (1122) 584-5—.

614. RASSOW, *Alfonso VII*, 15 ([3-XI]-1139) 81-83=ed. Gutiérrez del Arroyo 654-657.

615. RASSOW, *Alfonso VII*, 20 (7-IX-1142) 88.

616. En Diego COLMENARES, *Historia de la insigne ciudad de Segovia y compendio de la historia de Castilla I* (nueva edición anotada) (Segovia 1969) 256-257 (=XV 11)=MUÑOZ 532-533.

mación del fuero de Cuevacardiel de 1142 ⁶¹⁷, en el fuero de Pajares, quizá concedido en 1143 ⁶¹⁸, en el fuero de Villa Celama de 1153, pese a que se dice que «pro omni malo foro quod uobis aufero et pro bono foro quod uobis do de Mansella datis mihi in ipsa uilla tres molinos» ⁶¹⁹, en el fuero de Ocaña de 1156 ⁶²⁰ y, finalmente, en la confirmación de los fueros dados por Alfonso VI al hospital de Burgos de 1157 ⁶²¹. Como es natural, la validez de estas afirmaciones se limita a las prescripciones recogidas en los fueros y confirmaciones mencionados, sin tocar para nada el problema de la concesión de fueros de un municipio a otro ⁶²².

Tampoco la postura observada por Alfonso VIII y Alfonso IX, como hemos visto, ofrece una mayor claridad. Con Alfonso X parece haberse prohibido el empleo de las ordalías, si las mismas no aparecen recogidas en la legislación regia ⁶²³, aunque el duelo se regula en Fuero Real, en las Partidas y vuelve a ser de nuevo regulado en el Ordenamiento de Alcalá. Una prohibición del duelo tendrá lugar en el reinado de los reyes Católicos, pero el duelo que se prohíbe en estos momentos nada tiene ya que ver con el riepto por traición y aleve de los caballeros, regulado en las leyes anteriormente mencionadas, riepto que debió morir de muerte natural ⁶²⁴.

617. Ed. Hergueta 419 s.

618. Ed. Díez Canseco 373; para la fecha vid. GARCÍA-GALLO, *León* 40-41.

619. Ed. González 561-563.

620. Ed. Gutiérrez del Arroyo 657-659.

621. SERRANO, *Burgos* III 119 (4-II-1157) 201-202.

622. Con un valor meramente indicativo, puede señalarse la ausencia de ordalías en algunos procesos presididos o realizados ante la presencia de Alfonso VII; DURO PEÑA, *Ramiranes* 2 (26-VI-1137) 59-60; se había iniciado por una parte con la propuesta del duelo; llevado ante el monarca, éste delega en un juez, quien establece la pesquisa; RODRÍGUEZ DE LAMA, *Rioja* II 114 (1137) 177-178; 127 (3-XI-1140) 197; pesquisadores, que interrogan a los testigos, que juran; LÓPEZ FERREIRO IV 18 (8-III-1149) 49-50, el mismo panorama; RAS-SOW, *Alfonso VII*, 54 (4-IV-1155) 132-133. Existen algunos otros procesos sin mayor importancia.

623. MINGUJÓN, *Historia* cit. 307: «Las leyes generales no mencionan otra prueba vulgar que la del riepto, el cual está prohibido en las Partidas (3.ª tit. 14, ley 8)». Esta última afirmación no parece muy aceptable.

624. Vid. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La crisis de la noción de fidelidad en la obra de Diego San Pedro*, en *AHDE* 39 (1969) 714 ss.

¿Por qué la prohibición de las ordalías y el respeto del duelo? ¿Puede ser esto el resultado de la interpretación *sui generis* de las decisiones del concilio lateranense y del Papa Honorio III, dado el arraigo del duelo entre los nobles?

En líneas generales podemos decir que esta misma ambigüedad se detecta en el resto de los reinos peninsulares, salvo en Navarra, donde la prohibición ha tenido, al parecer, sólo reflejo en la participación eclesiástica en la realización de las ordalías.

Jaime I podría considerarse como el principal enemigo de las ordalías en la península. En 1231, al conceder la carta de franquicias a Mallorca, establece que sus habitantes no tengan «*batailam per hominem, per ferrum candidum nec per aquam vel aliam ullam causam*»⁶²⁵. También en los *Fori Valentiae* aparece la prohibición de las ordalías, al establecerse que, donde faltan documentos y testigos, «*non torrentur per bellum nec per ferrum calidum neque in alico alio modo*», sino que si el actor no puede probar, se librá el demandado por su juramento⁶²⁶. Finalmente, en los fueros de Aragón de 1247, se establece la prohibición de las ordalías⁶²⁷.

Sin embargo, Jaime I ha sido también quien ha reconocido de forma oficial los Usatges, en los que el sistema ordalíaco estaba plenamente vigente. Además, Jaime I ha propugnado directamente el empleo de las ordalías, al menos de una de ellas, al establecer su empleo en la tregua quebrada, en su modalidad del agua fría, tras las prohibiciones del concilio de Letrán y de Honorio III; también Jaime I confirmó las costumbres de Tárrega y, en cierto sentido, todas las costumbres catalanas, con carácter general, en su constitución de 1251⁶²⁸.

Ahora bien, ¿hasta qué punto Jaime I prohibió el empleo de las ordalías en Aragón y Valencia con carácter general? Los fueros de Aragón excluyen expresamente las ordalías del hierro candente y del agua hirviente en su capítulo 330, y se completa esta prohibición añadiendo que se prohíben igualmente todas las demás prue-

625. HUICI-CABANES, *Jaime I*, I 150 (1-III-1231) 270. Este principio se extendió en 1301 a Menorca —VILLANUEVA XXI 1 (1301) 205—.

626. *F. Valentiae* 62, 27.

627. *F. Aragón* 330. Para el texto latino vid. supra n. 273.

628. Vid. supra p. 134 n. 481 y p. 157.

bas semejantes; pero entre las mismas no se incluye el duelo judicial; mientras las alusiones a las ordalías mencionadas en primer lugar han sido canceladas cuidadosamente del texto de los fueros, allí donde el Fuero General de Navarra las admite, el duelo judicial sigue regulándose⁶²⁹. Otro tanto parece haber ocurrido en los Fori Valentiae, pues, como hemos visto, se prohíbe expresamente el duelo, pero existe un título entero dedicado a regular el empleo del mismo, si ambas partes están de acuerdo⁶³⁰.

Pese a la enemiga de la Iglesia contra el duelo, da la impresión que, en todo caso, fue más eficaz la prohibición de las ordalías del agua hirviente, hierro candente y agua fría que no la del duelo. Mientras aquéllas son prohibidas, éste parece seguir teniendo mejor vida. Al lado de la regulación del duelo y la prohibición de las otras ordalías en Aragón, Valencia y Castilla, testimoniaría la crisis de las ordalías mencionadas lo ocurrido con el fuero de Palencia de 1181; este fuero, como hemos visto, establecía que «in Palencia non ha batalla pro nulla re»⁶³¹, aunque en su cap. 34, al regularse la voz dada al mayorino, se establece que si no hay testigos, «iuxta quantiatem calumnie delindet se cum duodecim de manu volta vel cum quinque qui caldam fecerint, iuxta electionem illius qui se habet delindare»⁶³². Esta alusión a la prueba caldaria desaparece en la traducción romance del mencionado capítulo⁶³³.

Estos datos no demuestran la desaparición en la práctica del empleo de estas ordalías, si se menciona la ordalía del hierro candente en 1312, en relación con una causa de reconocimiento de la paternidad⁶³⁴ y, quizá, si se ha sentido la necesidad de repetir, en diversas ocasiones, en diversos sínodos, de finales del XIII y principios del XIV, la prohibición lateranense⁶³⁵, pero, indudablemente, muestran que la suerte corrida por el duelo debe ser separada del

629. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 44-45; 47.

630. *F. Valentiae* 133; para el acuerdo de las partes: 133,2.

631. *F. Palencia* 17—ed. Hinojosa—=*F. Palencia* (romanceado) 18—ed. Caamaño—.

632. *F. Palencia* 34—ed. Hinojosa—.

633. *F. Palencia* 33—ed. Caamaño—.

634. Vid. infra p. 185.

635. Vid. supra notas 488, 489, 490.

resto de las ordalías, aunque esta afirmación debe matizarse para Cataluña y Navarra, puesto que en los Usatges se regulan al lado del duelo las ordalías del agua hirviente y del agua fría y en el Fuero General de Navarra se regulan las ordalías del hierro candente, de las «gleras» o agua hirviente, de las candelas y del duelo ^{635a}.

12. Los datos conocidos parecen autorizar a afirmar que los diferentes tipos de ordalía ni se han conocido en la península al mismo tiempo, ni han sido todos empleados en los diferentes reinos. Este simple hecho muestra ya la dificultad de remontar a una antigua costumbre germánica el empleo de las ordalías. La única ordalía que los autores remontan con seguridad a la época visigoda, gracias a la existencia de la pseudoley mencionada, es la ordalía del agua hirviente, que parece haber sido desconocida en Aragón y cuya introducción en Navarra, quizá, haya sido tardía y con características propias.

Estas mismas conclusiones parecen obtenerse, si se examina, aunque sea muy superficialmente, la regulación de las ordalías en los distintos reinos, si bien es difícil, a partir de este examen, llegar a negar el carácter germánico de las ordalías. Por lo ya señalado, se tiene que llegar a la conclusión que en definitiva se predica el carácter germánico de un sistema ordalíaco en abstracto, independientemente de sus características reales. Si las ordalías son de origen germánico, su empleo en la península, en la Edad Media, necesariamente tiene que vincularse a esta tradición germana, a través del asentamiento de los visigodos.

A partir de esta convicción puede ya plantearse el empleo del juicio de Dios y de sus relaciones con otros medios de prueba, afirmando que los «diferentes derechos bárbaros desde la ley sálica, que conserva mejor que cualquier otra el antiguo sistema de pruebas, a la visigótica, que se aparta de él inmensamente, aunque basados en los mismos principios, se alejan todos de aquello que debió ser en tiempos prehistóricos, quizá no remotos, el derecho común, y esto en razón del desarrollo particular que cada pueblo dio a sus instituciones, y de la influencia ejercida por la

635 a. Vid. infra n. 777 ss.; para F. Tudela y F. Viguera vid. supra n. 472-473; así como n. 474 para F. Novenera.

civilización romana y cristiana»⁶³⁶. Se puede señalar, igualmente, que las ordalías en la edad media peninsular ofrecen rasgos propios⁶³⁷ y, finalmente, se puede afirmar que «casi es innecesario advertir que, dada la infinita variedad que durante la época asturleonera se advierte en las costumbres jurídicas según las regiones y los pueblos, en cada comarca y en cada lugar serían diversos los detalles del procedimiento con que se practicaba la *pena caldaria*»⁶³⁸, quizá sin tener en cuenta la afirmación previa de la perduración de una costumbre germánica, largamente reprimida durante la época visigoda.

La ordalía del agua fría está mal testimoniada en su empleo práctico, pero no deja de ser curioso que en Cataluña, el único lugar en el que aparece testimoniada, al menos por el momento, la misma tenga carácter bilateral, realizando la prueba no las partes, sino dos *albatí*, que son sumergidos en el agua⁶³⁹. El sistema arbitrado en base a un acuerdo —y volvemos a insistir en que se trata de un acuerdo de los jueces con las partes— para determinar al inocente y al culpable o, desde otro punto de vista, al vencedor y al vencido, es el siguiente: «qualicumque ex illis puerulis suscepisset aqua, ipse qui illum pro se vicarium tradidit habuisset suprascripta omnia»; por consiguiente, las tierras en litigio deberán ser divididas por mitad, «si vero ambos suscepisset aqua», como también será esta la solución en el caso de que «autem ambobus evanuerint ut non recipuerit illos aqua»⁶⁴⁰.

Esta modalidad de la ordalía del agua fría en Cataluña, pese a

636. PATETTA, *Le ordalie* cit. 219-220.

637. BRUNNER *DRG* II 542, 545 n. 34. Vid. supra n. 183.

638. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Una ciudad* cit. 135 n. 115.

639. Vid. supra p. 112.

640. RIUS, *S. Cugat II* 545 (19-VII-1037) 204; el carácter pactado de esta prueba quizá se refleje igualmente en la decisión de dividir por mitad en el caso de que para ambas partes la prueba fuese favorable o contraria; ahora bien, esta decisión hace de difícil interpretación este juicio de Dios. ¿Cómo debe interpretarse la intervención divina? Sin ánimo de establecer ninguna comparación, recordemos que en Asiria, cuando las dos partes volvían del río, tras superar la prueba, se consideraba que la divinidad había rehusado pronunciarse; esta interpretación fue modificada con el transcurso del tiempo, quizá en relación con la diferente forma de interpretarse el resultado de esta prueba —vid. infra n. 648, y el lugar correspondiente al texto—.

la ausencia de detalles, recuerda la forma normal de su realización, en la que «el acusado con la mano izquierda ligada al pie derecho, y la derecha al izquierdo o bien —continúa diciendo Patetta— en el modo descrito a propósito de los Eslavos, era arrojado a un lago, o a una fosa o baño lleno de agua, o también a un río, y era reconocido inocente si se sumergía, culpable si permanecía en la superficie»⁶⁴¹. La intervención de representantes no es una novedad catalana, pues «en vez del mismo acusado, frecuentemente, a juzgar de los ordines, se arrojaba al agua otra persona, que es indicada con el nombre de *vicarius*, en la mayoría de los casos un muchacho»⁶⁴². Para apoyar esta afirmación, Patetta, como Brunner, se remite exclusivamente a los formularios eclesiásticos, que regulan el empleo de esta prueba. No deja de tener su interés que el término «*vicarius*» aparece también en el documento catalán. El carácter bilateral de la prueba parece ser exclusivo, sin embargo, de esta práctica —¿ocasional?, ¿pactada?— catalana.

Si la existencia de *vicarii* nos lleva a los formularios eclesiásticos, a los mismos nos remite igualmente el criterio utilizado para determinar al inocente: se declaraba inocente al que se hundía, pues se conjuraba al agua «*ut nullo modo suscipias hunc hominem, si in aliquo ex hoc est culpabilis... sed fac eum natate super te*»⁶⁴³, ya que la naturaleza pura del agua no reconocía pura a la naturaleza humana, purgada por el agua del bautismo, al devenir de nuevo impura por la mentira; no aceptaba así al probante, sino que lo rechazaba⁶⁴⁴.

¿Era esta la interpretación propia del pueblo germano? En una época más moderna, en un texto del 1338⁶⁴⁵, el resultado de la ordalía del agua fría cambia de signo. Esta nueva interpretación,

641. PATETTA, *Le ordalie* cit. 191; el otro modo de realizarse la prueba aparece descrito en PATETTA, *Le ordalie* cit. 161; «Al acusado se le ataban las manos por delante de las piernas, se le pasaba un bastón entre los brazos y las corvas y era arrojado al agua suspendido de una cuerda». BRUNNER *DRG* II 551, describe esta última forma simplificada: el acusado, con las manos atadas y una cuerda alrededor del cuerpo, era arrojado al agua.

642. PATETTA, *Le ordalie* cit. 192; de la misma opinión es BRUNNER *DRG* II 551 y n. 65, quien igualmente sólo invoca formularios eclesiásticos.

643. Citamos según el formulario publicado por VILLANUEVA V 23.

644. Esta opinión de Hincmaro la reproduce BRUNNER *DRG* II 551. n. 67.

645. GRIMM *DRA* 924-925.

que conduce a identificar al culpable con el que se hunde, si damos fe a Patetta y Brunner, es un uso posterior⁶⁴⁶, del que no puede extraerse, según Brunner, ninguna conclusión sobre la originaria concepción de la ordalía; en las fuentes germánicas más antiguas, el hundirse es prueba de la inocencia⁶⁴⁷. ¿Por qué los germanos interpretaron que quien se hundía era inocente, mientras quien se quemaba, en la ordalía del agua hirviente o del hierro candente, era culpable?

Es posible que el pensamiento cristiano haya dado una explicación de esta interpretación desde sus principios religiosos, revisitando así con los principios de la religión cristiana una decisión pagana, pero parece oportuno recordar que la ordalía del agua fría fue empleada en Babilonia en tiempos de Hammurabi, siendo normalmente unilateral, y también en Asiria: el culpable es aquel que se hunde, mientras se considera inocente al que nada. La inmersión en el agua podía hacerse con o sin ataduras; en los casos más graves, para evitar supercherías, la ley ordenó maniatar al acusado, antes de arrojarlo al río, práctica que subsistió hasta el siglo IX d. C., pero con una atenuación, como consecuencia de que se consideraba ahora inocente al que se hundía: el acusado era sostenido por una cuerda y se le arrojaba ahora en una cuba o en una fosa llena de agua fría⁶⁴⁸.

Sin pretender hacer comparaciones, sólo queremos recordar que la identificación del que se hunde con el inocente tiene una explicación, como hemos visto, desde la perspectiva eclesiástica, y no hay ningún dato que nos permita explicar por qué los germanos han elegido este criterio de interpretación, que parece chocar con el criterio general de interpretación del resultado de las ordalías. No es necesario añadir que no existe testimonio alguno del empleo de esta ordalía en la época del derecho germano común.

Armonizar este testimonio catalán con la noticia ofrecida por

646. PATETTA, *Le ordalie* cit. 192; BRUNNER *DRG* II 551 n. 67.

647. BRUNNER *DRG* II 551 n. 67. PAPPENHEIM, *Über die Anfänge* cit. 169 ss., en torno a esta contradicción en la manera de interpretar el resultado de la ordalía del hierro candente y del agua fría.

648. Edouard CUO, *Études sur le droit babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites* (Paris 1929) 454-455.

Marichalar y Manrique quizá no tenga mayor interés, dado la dificultad de confirmarla, pero recordemos que el arcediano de Cuéllar mencionaba otro tipo de ordalía del agua fría, «que consistía en meter la mano en el pilón de una fuente; si la mano salía seca se declaraba la inocencia, de lo contrario la culpabilidad». Esta prueba —continúan Marichalar y Manrique— «tal vez se usase en algún punto de España cuando el arcediano la recuerda»⁶⁴⁹; esta prueba se asemeja a un uso, poco conocido, testimoniado en una poesía de Roswita, consistente en introducir el acusado su mano en agua fría, resultando culpable si extrae la mano quemada⁶⁵⁰ y que Patetta considera que debió «nacer de la prueba del agua hirviente de manera completamente natural, y racionalísima, según las ideas del tiempo»⁶⁵¹, aunque no aclara si nació en la época germana o tras la conversión al cristianismo.

Sobre la forma de realizarse la ordalía del agua hirviente, hemos recordado, hace poco, las afirmaciones de Sánchez Albornoz. El empleo de tres piedras, al que alude Brunner, invocando la regulación de la ordalía del agua caliente publicada por Zeumer, no aparece testimoniada en los documentos manejados. Normalmente la realización de las pruebas aparece en una cierta oscuridad y los fueros extensos, como hemos indicado, no suelen regular esta ordalía. Es muy posible que el empleo de diez piedras, testimoniado por un documento de Sobrado, en la edición de la ES; no puede mantenerse como una particularidad peninsular, ya que tanto Hinojosa como Pilar Loscertales, en sus respectivas ediciones del mismo documento, no incorporan la alusión a diez piedras⁶⁵², pero, según el Fuero General de Navarra, la ordalía del agua hirviente consistía en extraer nueve bolsas de arena de una caldera⁶⁵³, algo distinto a piedras en número indeterminado. El plazo durante el cual el probante debe llevar la mano vendada parece ser de tres días⁶⁵⁴,

649. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. II (Madrid 1861) 329 n. 1.

650. GRIMM *DRA* 921-922.

651. PATETTA, *Le ordalie* cit. 191.

652. LOSCERTALES, *Sobrado* I 109 (s.d. [968-999]) 131-133: «et lapides igneos inde eiecit»; así ya en Hinojosa; sin embargo en ES: «et lapides igneos X».

653. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 41.

654. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 26 (20-XI-953) 103-107; VILLANUEVA XV 17 (1080 [1079]) 244.

plazo que aparece en los formularios eclesiásticos de las ordalías ⁶⁵⁵, pero en el documento, mencionado ya, de Sobrado se habla de tres o cuatro días; no creemos que debe atribuírsele un valor especial, pero los documentos catalanes más antiguos, que testimonian el empleo de esta prueba, parecen indicar que el resultado de la misma se constata inmediatamente ⁶⁵⁶.

La prueba del agua hirviente la realizaba el acusado y, en los testimonios catalanes y occidentales aparece así: el acusado, normalmente de hurto, realiza la prueba por sí mismo ⁶⁵⁷, pero en procesos realizados por demandas de tierras, es un inocente quien realiza esta prueba, con la finalidad de garantizar el juramento de los testigos, recalcando así la idea de que la ordalía surge para evitar los perjurios; tal ocurre en el 912, 927, 953, 987 (?), y 1002 ⁶⁵⁸. La presencia de un vicario sólo está testimoniada en el *iudicium aquae frigidae* en numerosas fórmulas; y sólo aparece mencionada una vez, probablemente por descuido, en una fórmula de la ordalía del hierro candente ⁶⁵⁹.

Esta intervención de un inocente haría pensar, inmediatamente, en la regulación de la ordalía del agua caliente, publicada por Zeumer, aunque no debe prescindirse de un hecho: la regulación dice «mancipium, dum quindecim annos habuerit, mittat manum in caldaria, usque in XVII. annum ipsa est pueritia». En el tantas veces mencionado documento de Sobrado el inocente es un clérigo, lo que casa mal con esta regulación. Salvo la mención de los «albatí», pero en el empleo de la ordalía del agua fría en Cataluña, los demás

655. Cf. BRUNNER *DRG* II 581.

656. Vid. supra n. 388.

657. Vid. supra n. 388: testimonios de 988, 1016, 1079 y 1081; se podrían añadir también los de 1064 y 1100; para los testimonios occidentales vid. supra n. 395, testimonio del 995, y, muy probablemente también, el del 915; prescindimos de los posteriores al año mil.

658. Vid. supra n. 395 e infra n. 751, con adición de otros casos de más difícil interpretación.

659. BRUNNER *DRG* II 551 n. 65. Cf. II 545 ss. PATETTA, *Le ordalie* cit. 188 ss. Sin embargo, F. Estella II 33,4, señala que quien debe llevar el hierro, «potest ponere hominem ad ferrum levandum pro se», porque si puede poner a un hombre que combata en el duelo por él, de la misma manera lo puede poner en la ordalía del hierro candente. Esta posibilidad se encuentra igualmente en *Rec. II de Aragón* 2 (=F. Jaca A 3), en reconocimiento de paternidad.

testimonios utilizados no aluden a requisitos especiales en el inocente; todo hace pensar, sin embargo, que los elegidos no cumplían los requisitos mencionados.

Finalmente, baste recordar aquí que el duelo se puede realizar a caballo o a pie en Castilla, pero en ambos casos las armas son las mismas, entre ellas las espadas⁶⁶⁰. Al lado de este riego, y quizá a partir de fines del siglo XI, se conoce también el riego con escudo y bastón⁶⁶¹. En Cataluña, al menos en los primeros tiempos, el duelo podía realizarse a pie o a caballo; este último era el duelo propio de los caballeros, mientras el duelo a pie, del que no existe información alguna para el siglo XI, lo debían practicar los habitantes de las ciudades y algunas categorías marginales de la aristocracia; en ambos tipos de duelo se combatía únicamente con escudo y bastón⁶⁶².

En Cataluña «cada una de las partes era representada por un caballero, que no hubiese hecho batalla jurada *con escudo y bastón*»⁶⁶³. Como matiza Bonnassie, era raro que las personas luchasen por su propio cuerpo, en general —y, en todo caso, era la regla para los magnates— el combate se hacía por medio de uno o más campeones⁶⁶⁴. En el riego municipal castellano-leonés «el reptado no puede dar par al reptador, y siempre se ha de buscar un lidiador que sea parejo en todo el reptado; hasta el extremo de que, si no apareciere par del reptado, éste es *quito* de la acusación mediante juramento. Sin embargo, en la lid del Riego de los hidalgos, por el contrario, se establece de modo general que el reptador no puede dar par si el reptado no quisiere; mientras que se posibilita al reptado para ser substituido en la lid por otro que sea par del reptador en linaje, fuerza, etc.»⁶⁶⁵. Los fueros municipales de la familia Cuenca-Teruel ofrecen además una característica, que no sabemos si es consecuencia de un despiste del redactor o de una diferencia entre las dos formas de realizarse el riego. Los requisitos, que deben reunir los lidiadores a caballo, son completados

660. OTERO VARELA, *El riego de los* cit. 165.

661. Vid. supra p. 117-118.

662. BONNASSIE II 729.

663. BALARI, *Orígenes* cit. 420.

664. BONNASSIE II 729.

665. OTERO, *el riego de los* cit. 166.

para los peones con la indicación de que el peón no fuese «homini qui iam in concha pugnam fecisset»⁶⁶⁶. Esta diferencia entre el caballero y el peón se salvó en el fuero de Teruel, mediante la alusión al caballero en el capítulo dedicado a regular los requisitos que debía reunir el peón⁶⁶⁷.

Los fueros de Heznatoraf y Zorita ofrecen una novedad —al menos con respecto a los otros fueros—, que les acerca a la regulación catalana: se exige que el peón —no se menciona al caballero— no haya combatido nunca, no limitando así este requisito de no haber combatido al ámbito del fuero⁶⁶⁸.

Resuélvase como se quiera esta diferencia, es evidente que el caballero, salvo en Teruel, pudo haber participado ya en otras ocasiones en otros duelos; el peón, por su parte, salvo en Zorita y Heznatoraf, pudo haber combatido igualmente en otras ocasiones, siempre y cuando estos combates hayan sido realizados fuera del ámbito municipal. Recordemos, aunque no se acepta esta interpretación del nombre, que el Cid fue llamado campeador, según opina Berganza, «ó por averle el rey dado el título de Juez en las lides campales o porque tuvo nombramiento para que saliese al campo a pelear en las causas de la persona real»⁶⁶⁹; la interpretación es equivocada, pero el Cid participa en diversos duelos judiciales, actividad que inicia siendo alférez de Castilla, pues «el reto judicial era, según el derecho castellano, tal como se expresa en las *Partidas* función propia del alférez»⁶⁷⁰.

Aludamos, finalmente, de manera muy breve, a la regulación del empleo de las ordalías. En la enumeración de fueros, que re-

666. *F. Cuenca* 573 (para los caballeros, vid. *F. Cuenca* 567) = *F. Alcaraz VIII* 64 (para los caballeros, VIII 58) = *F. Alarcón* 479 (para los caballeros, 475) = *F. Baeza* 535 (para los caballeros, 529) = *F. Béjar* 694 (para los caballeros, 687). *F. Alarcón* 479: «que enna çipdat otra uegada aya lidiado», mientras los demás fueros mencionan la ciudad respectiva.

667. *F. Turoli* 222 (para caballeros, 217): «similiter non recipiatur ille miles, sive pedis, qui in Turolic vice aliam pugnam fecit, nisi ipsemet fuerit per se reptatus» = *F. Teruel* 249 (para caballeros, 247).

668. *F. Heznatoraf* 534 (para caballeros, 529) «nin avn omne que otra vez aya lidiado»; *F. ZORITA* 460 (para caballeros 454): «Ni otroquesi, que sea omne que otra uez aya en çorita fecha batalla, o en otro lugar».

669. MENÉNDEZ PIDAL, *El poema* cit. II 525 s.v. campeador.

670. MENÉNDEZ PIDAL, *La España* cit. I 158.

gulan las mismas, hemos visto todas las variedades posibles: se establece, en determinados supuestos, el empleo de las ordalías de forma obligatoria; se deja a la voluntad de las partes el recurrir o no a las ordalías; es el actor quien puede elegir la prueba a realizar y, finalmente, es el acusado quien puede elegir entre las pruebas ordalíacas ⁶⁷¹.

Es la misma variedad que puede descubrirse en la regulación de aquellos supuestos en los que puede emplearse las ordalías y aquellos otros de los que está excluido su empleo ⁶⁷². Y esta variedad encuentra un reflejo en el empleo de diferentes ordalías en los mismos supuestos: así antiguamente se empleaba la ordalía del agua hirviente en las causas de reconocimiento de paternidad, pero posteriormente fue substituida por la ordalía del hierro candente ⁶⁷³, lo mismo ocurrió en el campo del hurto: los testimonios más antiguos muestran el empleo de la ordalía del agua hirviente ⁶⁷⁴, que fue substituida por la ordalía del hierro candente ⁶⁷⁵, pero por ejemplo el fuero de Uclés establece el empleo de la lid y el Fuero General de Navarra la ordalía de las candelas ⁶⁷⁶.

No ponemos en duda que estas transformaciones pueden explicarse por la evolución histórica de la institución y tampoco ponemos en duda que esta variedad puede reducirse a una unidad comprensible, pero tal cosa no se ha hecho todavía; si el sistema ordalíaco medieval ha podido ser vinculado a una herencia germá-

671. Vid. supra para la primera posibilidad, San Juan de la Peña (n. 438); para la segunda, F. Jaca (n. 431); para la tercera, F. Daroca (n. 446, 448); para la cuarta, F. Avilés (n. 457). MENÉNDEZ PIDAL, *Cantar* cit II 734 s.v. lid, señala que varios fueros del siglo XI no imponen las pruebas vulgares, si no a voluntad de las partes, si bien no todos los fueros que menciona, reenviándose a Muñoz, testimonian dicha práctica.

672. Vid. supra n. 430 ss.

673. Vid. infra nota 683 y texto correspondiente.

674. Vid. supra notas 388 y 395.

675. Vid. supra n. 453.

676. Vid. supra n. 457 ss. La impresión que puede obtenerse, es que con el transcurso del tiempo el duelo fue substituyendo a las otras ordalías, salvo en los fueros navarros —a prescindir de Fueros de la Novenera— y en Cataluña —fundamentalmente, en los Usatges—; permanece de forma esporádica la ordalía del hierro, fundamentalmente en materia de delitos contra la propiedad y en la prueba de la paternidad, pero en aquellos supuestos es substituida, en algunos fueros y textos jurídicos, por la lid.

nica, ello ha sido debido simplemente al hecho de que las ordalías eran consideradas una institución típicamente germánica. Así se ha podido prescindir de la diferente regulación que presenta su empleo en la península, pero, nos parece, antes de hablar de una costumbre germánica de origen visigodo, es necesario mostrar cómo la misma pudo diversificarse de tal manera.

Algunas veces se ha tratado de mostrar la estrecha vinculación entre el sistema ordalíaco peninsular y el sistema ordalíaco de algunos pueblos germánicos; veamos como Ficker defiende la vinculación de la regulación de las ordalías en la península al sistema observado entre los germanos del norte:

«No menor coincidencia con otros derechos germanos orientales que en la forma del reconocimiento voluntario, se da respecto a los medios de prueba en acusaciones de paternidad, cuando el padre se negaba a hacer el reconocimiento, o había dejado de hacerlo durante su vida. Según los datos noruegos pertinentes (V. Maurer, *Sitzungsber* 27 y ss., 63 y ss.), el presunto padre tenía que defenderse con un triple juramento cuando hubiese sido nombrado por la madre durante el parto o poco después. El juramento de inocencia del padre, que posteriormente se encuentra también en el territorio del derecho lombardo, no lo encuentro citado más concretamente en las fuentes españolas. Pero en este aspecto el derecho noruego da también importancia al parecido del niño con el presunto padre, de tal manera que excluye el juramento, o bien lo tacha de perjurio, y precisamente esto debió ser observado también en España, pues Diego del Castillo en sus comentarios a las Leyes de Toro (Burgos 1527, f. 41) considera necesario rebatir expresamente la opinión de que el parecido baste para demostrar la paternidad. También aparece citado a menudo en España, como medio de prueba en las acusaciones de paternidad, el juicio de Dios, en las formas del agua hirviente o del hierro candente. Según un documento del 978 referente al Monasterio de Albelda en Logroño (Colección de privilegios de la Corona de Castilla, 6, 78), tenía que practicarse la prueba del juramento y del agua hirviente tanto por parte de la madre, como por parte del presunto padre que

negaba. Según el Fuero de Tudela, de 1122 (Marichalar y Manrique, Hist. de la legisl. 4, 279), la madre, cuando no puede presentar testigos bautismales debe fortalecer su acusación contra el padre que niega, por medio del hierro candente. Lo mismo, según el fuero de Daroca de 1142 (Muñoz, 1, 541), donde se dispone también que la concubina que quedó en cinta después de la muerte del padre tenía que practicar la prueba de la paternidad asiendo el hierro. Esto es tanto más sorprendente cuanto que el juicio de Dios es completamente extraño a la Lex Visigothorum en la recensión de Recesvinto, y la prueba del agua hirviente sólo aparece citada en una ley ya indicada perteneciente a los últimos tiempos del reino. Se han querido atribuir a influencia francesa éste y otros datos posteriores en España... Esto no sería inverosímil con respecto al agua fría... Por el contrario los testimonios más antiguos de la prueba del fuego y del agua hirviente (V. Dahn, Gottesurtheile, 43), no sólo son más frecuentes, sino que se encuentran en derechos tan diversos y de parentesco precisamente tan lejano, que parece faltar el menor motivo para admitir a priori la hipótesis de que una tribu germánica las hubiese tomado de otra posteriormente. Para nadie sería menos indicada tal hipótesis que para los godos, si se admite que el silencio de la Lex queda suficientemente explicado con el intento de los reyes Chindasvinto y Recesvinto de proscribir los juicios de Dios lo mismo que otras muchas instituciones germánicas de derecho... No veo otra manera de explicar eso sino teniéndolo por un uso gótico tradicional. Especialmente la influencia franca debería parecer completamente inverosímil precisamente en las acusaciones de paternidad, porque tal acusación, y con ella un refuerzo de la misma por medio del juicio de Dios, parece haber sido completamente extraña a los francos y a otras tribus germánicas occidentales. Por el contrario, en los derechos germánicos septentrionales encontramos el juicio de Dios, y aun estas mismas clases usadas precisamente con preferencia en las cuestiones de paternidad, mientras que en otros casos apenas eran usadas (V. Maurer, Sitzungsber 25, 27, Wilda, Zeitschr. 268 ss.). Así, según el derecho islámico, se exige a la mujer para robustecer su afir-

mación, la prueba de la caldera, y al hombre para su inocencia, la prueba del hierro candente. Posteriormente en el derecho danés no se admitió ya la acusación de paternidad, pero sabemos que en tiempos anteriores el hijo tenía que practicar la prueba con el hierro candente. También en el territorio frisón (V. Stobbe, *Privat.* 4, 415), la madre tenía que hacer la demostración con la prueba del hierro»⁶⁷⁷.

No hemos podido ver la obra de Diego del Castillo, pero son unos comentarios a las Leyes de Toro, las cuales, en la ley oncena, establecen que sean considerados hijos naturales, aquellos cuyos padres podrían contraer matrimonio justamente, en el momento de nacer o en el momento de ser concebidos los hijos, independientemente de que la mujer viva o no en casa del varón y de que éste tenga una o más mujeres. El problema estriba en el hecho de que, ahora, el hijo natural no es el engendrado en concubina o barragana, de lo que derivan las dificultades naturales para la determinación de la paternidad. Si del Castillo invoca el parecido con el padre, para desecharlo como prueba de la paternidad, sin embargo Tristany señala que puede tenerse en cuenta, «si bien no es un signo que deba considerarse decisivo, si no se presenta conjuntamente con algún otro, ...porque a veces el hijo es un vivo retrato»⁶⁷⁸. Dicho con otras palabras, el problema de la semejanza entre padre e hijo deriva de la aparición de las leyes de Toro, no de un antiguo juramento de inocencia del padre, que no aparece testimoniado en el derecho peninsular, como reconoce Ficker.

En torno a los testimonios mencionados, señalemos brevemente lo siguiente. El documento del monasterio de Albelda⁶⁷⁹ ofrece graves problemas de interpretación. Ahora bien, pensar que testimonia un empleo bilateral de la ordalía del agua hirviente nos parece que significa negar el carácter de juicio de Dios de la mis-

677. Julio FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islámico* (trad. del alemán por José Rovira Armengol) (Barcelona 1928) 53-56.

678. Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español* (Sevilla 1969) 92.

679. Vid. *supra* n. 395.

ma ⁶⁸⁰. Nosotros nos inclinariamos a pensar, que el documento no testimonia la realización de una ordalía del agua hirviente para la prueba de la paternidad, aunque sí testimonia la existencia de esta práctica de recurrir a la mencionada ordalía. De la redacción del documento parece poderse concluir que el presunto padre, que acogió un día en su casa al muchacho, al disponer de sus bienes, vuelve a insistir en que no es su hijo, confirmando así su negativa cuando el presunto hijo abandonó su casa, y señala que en el caso de presentarse testigos afirmando que la madre superó la prueba del agua hirviente, él está dispuesto a soportar la misma prueba, para demostrar la verdad de su afirmación de que no es su hijo. Con otras palabras, son afirmaciones arbitrarias del presunto padre, destinadas a impedir que, una vez él muerto, se presente el hijo a reclamar parte de su herencia; de aquí la afirmación de estar dispuesto a someterse a la misma prueba, si se presentan testigos dispuestos a jurar que la madre superó la ordalía del agua hirviente; este documento sirve así para testimoniar el empleo de esta prueba para el reconocimiento de la paternidad, pero no su empleo en este caso concreto y además con carácter bilateral. El fuero de Tudela mencionado no puede ser, evidentemente, el de 1122, que no regula las ordalías, sino el fuero extenso, que mencionan Marichalar y Manrique, destacando al mismo tiempo la diferencia entre ambos textos ⁶⁸¹. Este simple hecho no tiene ningún valor, pero tiene su importancia, pues la regulación más antigua del reconocimiento de paternidad es ahora el fuero de Daroca de 1142, donde aparece la fórmula «vis vi repellere potest», lo que unido a la personalidad de su concedente, quizá permita insinuar una cierta influencia exterior ⁶⁸².

Ahora bien, estos testimonios prueban, por un lado, que la madre —y no el padre— debían soportar la ordalía, y, en segundo lugar, que en un caso se utiliza la ordalía del agua caliente, mientras en los dos restantes se emplea la ordalía del hierro candente. La razón de este hecho debe encontrarse, a nuestro entender, en la

680. Vid. las consideraciones de BRUNNER *DRG* II 549 n. 3.

681. MARICHALAR-MANRIQUE, *Historia* cit. IV 291 y ss.; hay errata en la cita en la traducción de Ficker.

682. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *¿El primer testimonio de la recepción del Derecho romano en Cataluña?*, en *RJC* 2 (abril-junio 1978) 277 ss.

distinta fecha de los testimonios, volviendo así a verse confirmada nuestra afirmación de una introducción tardía de la ordalía del hierro candente, que logra, sin embargo, desplazar la ordalía del agua hirviente. Estas dos características: la madre se somete a la ordalía y ésta es en los testimonios más antiguos el agua hirviente y en los más modernos, del siglo XII y posteriores, el hierro candente parecen ser generales a toda la península⁶⁸³. Compárase ahora este derecho con el derecho islámico, donde la mujer queda sometida a la prueba caldaria y el varón a la prueba del hierro candente o el derecho danés, donde en época antigua, ya que después se prohibió la acusación de paternidad, era el hijo quien quedaba sometido a la ordalía del hierro candente. También, es cierto, en la península se conoció esta posibilidad, pero parece haber surgido con posterioridad⁶⁸⁴.

La regulación del empleo de la ordalía en el reconocimiento de la paternidad emplea dos tipos diferentes de argumentos: la madre se somete a esta prueba o con el fin de lograr que el presunto padre alimente al hijo⁶⁸⁵ o para lograr que el hijo obtenga una parte en la herencia paterna⁶⁸⁶. Es posible pensar en una evolución en esta institución, que haya podido encontrar reflejo en la persona llamada a sufrir la ordalía.

El fuero de Daroca, la regulación más antigua de este problema, sólo conoce la prueba ordalíaca realizada por la madre. Es más, claramente establece que tiene que soportar dicha prueba en vida del presunto padre, si quiere que el hijo pueda recibir parte de la herencia paterna. La única excepción se da cuando el presunto padre muere antes del nacimiento del hijo, pues entonces se admite que la madre pruebe la paternidad por medio de la ordalía⁶⁸⁷.

683. Vid. GACTO, *La filiación* cit. 84 ss.; téngase, sin embargo, en cuenta, para la ordalía empleada, que es necesario leer los textos aportados, sea por simplificar el autor su exposición, al no ser un tema que le interese, sea por utilizar la denominación «prueba caldaria» de forma no muy correcta.

684. Cf. los textos aportados por GACTO, *La filiación* cit. 86-87.

685. Así los fueros de la familia, que suele ser encabezada por Cuenca-Teruel (vid. GACTO, *La filiación* cit. 84) y los aragoneses (GACTO, *La filiación* cit. 85 n. 165), además del Fuero General de Navarra y de C. Lérida 3 (GACTO, *La filiación* cit. 85 n. 165).

686. Vid. los datos aportados por GACTO, *La filiación* cit. 86-87.

687. MUÑOZ 536 y 541.

Esta esperanza de participar en la heredad paterna podía verse truncada, si la madre moría antes de probar la paternidad con el recurso de la ordalía; de aquí que las redacciones tardías abran la posibilidad al hijo de soportar dicha prueba, para tener así parte en la herencia paterna; pero que se trata de una novedad, nacida para superar las consecuencias de la muerte de la madre, lo demuestra F. Jaca A 242, ya que, tras regular los medios probatorios de la paternidad —juramento de los padrinos o de otros hombres—, añade que, si faltan los mismos, «ell o so mayre si es viva deu levar lo ferre calt». El hijo sólo soportará esta prueba, si la madre ha premuerto. En algún caso, el hijo puede realizar la prueba, viviendo todavía la madre, pero, también en este supuesto, el hijo soporta de forma subsidiaria la ordalía, que corresponde sufrir en primer lugar a la madre. Como afirma F. Alfambra 72, si el padre no reconoce al hijo, «saluelo su madre con fiero calient; e si el fillo lo quiere leuar por su madre que lo pueda leuar et fer».

Todavía en 1312, «porque andava uno por su fijo de D. Sancho que non lo era», se determina que la mujer «si queria faser salva que tomase un fierro caliente que aquel moço era su fijo de D. Sancho, é que si non se quemase que el rey le dexaria la eredad al moço é que le faria mucho bien como era derecho»; la mujer aceptó esta propuesta, pero al final no se presentó a realizar la prueba ⁶⁸⁸.

688. *Memorias de D. Fernando IV de Castilla* cap. XVIII —ed. Benavides I 241-242—. Esta posibilidad de acudir a la ordalía debió verse limitada, sin embargo, ya en época relativamente antigua. Si en F. Jaca y en las Recopilaciones aragonesas se reconocía esta posibilidad de recurrir a la ordalía del hierro candente por la madre, para conseguir el reconocimiento por el padre del hijo nacido de sus relaciones —vid. los textos reunidos por GACTO, *La filiación* cit. 84 ss.—; sin embargo, la *Comp. Aragón* 24, señala que los padrinos elegidos por el padre deben jurar que aquel que los nombró padrinos es el padre de la criatura, «quia per ferrum levare multi se faciunt filios bonorum hominum». Esta afirmación muestra la desconfianza provocada por el empleo de la ordalía del hierro candente, aunque no debió prevalecer si en las recopilaciones y en las redacciones del F. Jaca se mantiene el procedimiento del hierro candente. Para Molho en la redacción primitiva del derecho aragonés debía prevalecer la ordalía del hierro candente, como medio para lograr el reconocimiento de la paternidad, pero a mediados del siglo XII los juristas aragoneses posponen la ordalía al juramento —MOLHO, *Difusión* cit. 344; para la fecha de la compilación arago-

La coincidencia con lo que ocurre en el territorio frisón, donde la madre tenía que someterse a la prueba del hierro candente, es, aparentemente, total.

¿Son, sin embargo, estas semejanzas tan evidentes, que pueden conducir a establecer unos lazos de parentesco entre el derecho peninsular y los derechos germánicos del norte? La única coincidencia se da, en forma absoluta, con el derecho frisón y, únicamente, para la época tardía peninsular, pues los testimonios más antiguos presentan el empleo de la ordalía del agua hirviente. La semejanza sería resultado de la evolución del empleo de las ordalías en la península, no del empleo, en todo caso, de la ordalía del hierro candente en la época visigoda. ¿Puede, además, llamar la atención esta coincidencia en el empleo de una ordalía, en una época en la que las ordalías, independientemente de su origen, se han extendido por Europa? No olvidemos la existencia de formularios eclesiásticos, con el ritual de diferentes pruebas ordalíacas y con esta afirmación no prejuzgamos el origen de las ordalías, pero subrayamos que, para el supuesto de recurrirse a ellas —sea por influencia extraña, sea por decisión autónoma—, la elección aparecía ya grandemente restringida por esta misma influencia eclesiástica. Esta restricción era más acusada para la mujer, que tenía una posición diferente a la del hombre ante las ordalías.

En el fuero de Daroca el sospechoso de hurto, si la cantidad robada superaba la valía de X solidos, debía jurar y luchar⁶⁸⁹. Es decir, el sospechoso de hurto debía purgarse por medio del duelo, pero si la sospechosa era una mujer, «pro tanto quanto ubi debet litem facere, iuret cum XII mulieribus»⁶⁹⁰. Los fueros de Avilés y de Oviedo establecen igualmente que el sospechoso de hurto debe lidiar, o llevar el hierro candente, si no quiere lidiar,

nesa vid. p. 341—. También esta desconfianza ante el empleo de la ordalía, dentro de una prohibición al parecer generalizada de las ordalías, puede verse en el privilegio de Sancho IV, concedido a Cuenca en 1285; en el mismo se afirma: «et la mujer que ffuere demandada ssobre algun ffecho et non gello podieren provar, mando que se ssalve por juras et non por fierro caliente» —*F. Cuenca* p. 863—, aunque es difícil de probar que esta prohibición se extienda también al reconocimiento de la paternidad.

689. MUÑOZ 538.

690. *F. Daroca*, en MUÑOZ 540.

pero la mujer sólo está autorizada a llevar el hierro candente⁶⁹¹ Este distinto tratamiento aparece claro en F. Cuenca 299: «vir aut mulier si xristianum uendiderit, conburatur, si probatum fuerit; sin autem, uir subeat pugnam mulier capiat ferrum»⁶⁹².

¿Cuáles son, en realidad, las razones aducidas para defender el origen germano de las ordalías peninsulares? Como en tantas otras ocasiones, tenemos que llegar a las mismas conclusiones. La argumentación se reduce a unas fórmulas lógicas muy sencillas: si el antiguo derecho germano conocía las ordalías, si el pueblo visigodo es un pueblo germánico y si durante la Edad Media peninsular se emplearon las ordalías, es lógico afirmar que este empleo sólo puede vincularse al asentamiento visigodo en la península, lo que lleva necesariamente a afirmar el origen germánico de las ordalías. Con este planteamiento, las características del empleo de las ordalías tienen poca importancia, ya que el origen germánico de las mismas está perfectamente determinado, por el planteamiento aducido. Se puede incluso renunciar a señalar las características del sistema ordalíaco de la época germana común, tal como hace Brunner —no olvidemos, en definitiva, la autoridad última de la afirmación del carácter germano de las ordalías medievales peninsulares— pese a ello, el carácter germánico del sistema ordalíaco medieval —y peninsular también— aparece perfectamente asentado por el origen germánico del mismo, que deriva, para la península, de su introducción en la misma por los visigodos.

Afirmar el origen germano de las ordalías —o negarlo— tiene,

691. F. Avilés 26=F. Oviedo (26).

692. Cf. F. Cuenca 293=F. Alarcón 249: «Mulier que homines aut bestias, aut alias res ligauerit, conburatur: sin autem, saluet se per candens ferrum. Si ligans uir fuerit, tonsus et flagellatus eiciatur ab urbe: si negauerit, saluet se per monomachiam». Para las concordancias con los otros fueros de esta familia, vid. la edición de Roudil del Fuero de Alarcón. Recordemos en torno a la afirmación de Ficker de que el derecho franco no conocía esta prueba para el reconocimiento de la paternidad y en torno al parentesco establecido entre el derecho frisón y el derecho gótico, que, según BRUNNER DRG I 46, los frisones forman parte de los germanos occidentales o alemanes, donde se incluyen igualmente los francos, lo que demostraría lo peligroso de prescindir de la evolución histórica independiente de los pueblos germánicos, así como lo aventurado de obtener conclusiones en base a parentescos, sin contar con las pruebas necesarias.

nos parece, muy poco valor, si esta afirmación se limita a señalar la existencia de un sistema abstracto de ordalías, que queda en la vaguedad máxima, sin saberse cuál era su regulación originaria ni las ordalías que se utilizaron en los primeros tiempos. Los visigodos no aportaron las ordalías germanas, sino que, en todo caso, habrían aportado el sistema ordalíaco visigodo, resultado de la evolución del antiguo sistema común germano. Dicho con otras palabras, si queremos conocer mejor las ordalías altomedievales —caso de no haber tenido su origen en la península— es necesario conocer el sistema ordalíaco que, a partir de un determinado momento, se introduce en la península; si esto no es posible, dada la carencia de datos para la época antigua y para la época visigoda, la afirmación del origen germano de las ordalías y de su introducción en la península se limita a ser una afirmación de principios, que no permite de modo alguno un mejor conocimiento del papel jugado por las ordalías en la Edad Media.

Pese a lo dicho hasta el momento, no pretendemos negar la posibilidad de que, en el sentido hace poco mencionado, el sistema ordalíaco peninsular tenga un origen germano, aunque estemos perfectamente convencidos de que, en todo caso, este origen no proviene de la influencia visigoda, sino de la influencia durante la Alta Edad Media de algunos pueblos germánicos, a través de los formularios eclesiásticos. Lo que sí nos parece que es necesario poner en duda es que se haya llegado a probar que las ordalías tengan un origen germano; es decir, creemos que las autoridades, que se suelen invocar, no han probado que las ordalías tengan un origen germano, que las mismas hayan llegado a la península con los visigodos y, finalmente, que tras haber sufrido la enemiga de la legislación regia visigoda, florecieran de nuevo durante la Edad Media.

Las razones ya las hemos expuesto. Sólo queremos volver a insistir sobre unos hechos, que contradicen la existencia de una costumbre germana, introducida por los visigodos, salvo que se quiera insinuar que éstos aportaron diversos derechos consuetudinarios o que, tras la desaparición del reino visigodo, se fragmentó la antigua unidad jurídica consuetudinaria de tinte germánico, lo que, en todo caso, entraría en contradicción con todo el planteamiento germanista:

1) La aparición de los testimonios del empleo de las ordalías en la península varía de unos lugares a otros; de algunos reinos tenemos noticias más tempranas —así de León—; de otros reinos, las noticias son más tardías, en perfecto acuerdo con la persistencia del proceso visigodo —así en Cataluña; en algunos casos, una búsqueda más minuciosa puede modificar el cuadro trazado, pero el divorcio cronológico entre la utilización de las ordalías en León y en Cataluña difícilmente puede negarse.

2) No todas las ordalías parecen haberse empezado a utilizar al mismo tiempo; el empleo de la ordalía del agua hirviente es el más antiguo testimoniado; posteriormente aparece el empleo del duelo y, finalmente, la ordalía del hierro candente, si prescindimos del empleo reducido de la ordalía del agua fría y de la aparición de la ordalía de las candelas. Añadamos la desaparición temprana, al menos en algunos reinos, del empleo de la ordalía del agua hirviente.

3) En relación con lo dicho, no todas las ordalías parecen haber sido conocidas y empleadas en todos los reinos; la ordalía del agua fría parece ser exclusiva de Cataluña, mientras la ordalía de las candelas sólo se conoce en Navarra. La ordalía del agua hirviente parece ser desconocida en Aragón y su introducción en Navarra puede que sea tardía.

Conjugados estos tres hechos, se hace muy difícil la admisión de un sistema ordalíaco importado por los visigodos. De aquí también la importancia concedida a aquellos escasos datos, que pueden establecer un puente entre la Edad Media y el Reino visigodo. Tal puente, si no permite explicar la aparición de las ordalías en la Edad Media por influencia visigoda, permite, al menos, vincular algunas de ellas a esta costumbre visigoda de origen germánico. Esta es la razón última del papel jugado por la pseudoley atribuida a Egica y la que explica perfectamente la sobrevaloración del proceso del conde Bera.

13. ¿Puede utilizarse el proceso del conde Bera para testimoniar la existencia del duelo, en cuanto ordalía, entre los visigodos, como se ha venido haciendo?

Si prescindimos de las fuentes históricas posteriores, que, prácticamente, se limitan a repetir los datos de los testimonios más

antiguos, del proceso del conde Bera estamos informados, fundamentalmente, por dos obras históricas y por un poema laudatorio de Ludovico Pío, obra de Ermoldo el Negro⁶⁹³. Las noticias que nos ofrecen estas fuentes no son plenamente satisfactorias; no estamos enterados de la infidelidad en la que incurre Bera. Además las obras históricas dan, de forma sintética, la noticia de este proceso por infidelidad, y sólo Ermoldo el Negro nos da noticias interesantes sobre el desarrollo del mismo.

Los llamados «Annales Regni Francorum»⁶⁹⁴ se limitan a señalar que, en el 820, el conde de Barcelona, Bera, que ya frecuentemente había sido acusado de fraudes e infidelidad por sus vecinos, «cum accusatore suo equestri pugna conligere conatus, vincitur»⁶⁹⁵. La «Vita Hludowici imperatoris», obra del Astrónomo⁶⁹⁶, amplía esta noticia con el dato más interesante para los historiadores del derecho; tras señalar que en la reunión del 820 Bera fue acusado de infidelidad por un tal Sanilo, añade: «cum eodem secundum legem propiam —utpote quia uterque Gothus erat equestri proelio congressus est, et victus»⁶⁹⁷.

Las noticias más detalladas se encuentran en Ermoldo el Negro, en el libro tercero, en sus versos 543-628⁶⁹⁸. La mención de este proceso es aprovechada por el poeta para llevar agua a su molino y alcanzar, así, el perdón regio. De acuerdo con esta finalidad, aparece estructurada la narración, que se inicia con un canto al honor

693. Sobre estos problemas, desde el punto de vista de la historia política, vid. Ramón d'ABADAL, *El domini carolingi en Catalunya*, obra inédita que hemos podido consultar gracias a la amabilidad del Dr. Font Rius.

694. Sobre esta obra y sobre sus ediciones vid. F. L. GANSHOF, *L'historiographie dans la monarchie franque sous les mérovingiens et les carolingiens. Monarchie franque unitaire et Francie Occidentale*, en *Setimane di Spoleto XVII. La Storiografia altomedievale. 10-16 aprile 1969*. II (Spoleto 1970) 674 ss.

695. *Annales Einhardi. 820* —ed. Pertz, en *MGH SS I* 206.

696. Sobre esta obra y sobre sus ediciones vid. GANSHOF, *L'historiographie* cit. II 650 ss.

697. *Vita Hludowici a. 820*, 33 —ed. Pertz, en *MGH SS II* 625.

698. Utilizamos la edición de Pertz, en *MGH SS II* 499-501. El pasaje referente al proceso del conde Bera se encuentra en el libro tercero de la obra de Ermoldo el Negro y abarca los versos 543-628; una traducción al catalán de este pasaje puede verse en la obra ya mencionada de d'Abadal.

franco, honor que reside en la conservación de la fe prometida al monarca. El acusado de infidelidad, «tunc decet ut bello certet uterque fero / Regibus et Francis coram, cunctoque senatu», pues Francia detesta esta nefandad.

Se abre así camino para la introducción de la infidelidad de Bera.⁶⁹⁹

La acusación contra Bera la hace Sanilo, «alteruterque Gothus». Sanilo acude ante el rey, «coram populoque senatu», para formular la acusación, que Bera niega, dirigiéndose ambos al monarca, a fin de obtener la autorización para luchar. Hasta aquí el poeta no ha hecho otra cosa que personalizar el proceso que, de forma abstracta y sintética, había expuesto en la introducción: la prueba de la infidelidad entre los francos se realizaba a través de un duelo.

La novedad de este proceso aparece al pedir Bera, el primero, autorización para negar la acusación; es decir, pide, de acuerdo con el derecho franco, que se le permita acudir al duelo judicial, para probar su inocencia; su petición no se limita, sin embargo, a este punto, sino que se extiende a obtener la autorización de combatir a caballo, con las armas propias, según la costumbre goda: «more tamen nostro liceat residere caballum, / armaque ferre mea».

El monarca contesta señalando que corresponde a los francos decidir, y que él mandará lo que aquellos decidan. Los francos quieren que el combate se realice, por lo que las partes se aprestan al combate.

Interviene, entonces, el emperador, manifestando sus dudas sobre el duelo, prometiendo perdonar a quien confiese su culpa e incitando a los combatientes a seguir mejor sus persuasiones, que los fieros combates marciales. Los contendientes eligen la gue-

699. El poema dice que Bera, «qui Barchinonam Carolo tribuente tenebat / Temporibus multis credita iura regens», que recuerda Sid. Ap. *Carm.* VII 311 ss. —ed. Loyen—; lo que reforzaría nuestra interpretación de la obra de Sidonio Apolinar en torno a la posición que ocupaba el monarca visigodo dentro del Imperio —vid. supra n. 4 y p. 136 del trabajo allí mencionado.

rra, por lo que el emperador les manda que respeten el derecho de los francos ⁷⁰⁰.

Tras describir el ameno lugar, donde se celebrará el combate, el poeta inicia la narración de la lucha; al mencionado lugar acuden los dos combatientes, montados a caballo y portando escudo y hasta, a la espera de la señal regia, para iniciar el combate; la orden llega, pero acompañada por el mandato de que, si uno de los combatientes resulta herido, sea salvado de la muerte.

Dada la orden, comienza el combate, «arte nova Francis ante nota minus»: se arrojan las astas, se amenazan con las espadas levantadas; Bera espolea su caballo y huye por el amplio campo; su contrincante simula seguirle y, tras abandonar las riendas, le hiere con la espada. Bera se declara culpable y los jóvenes, cumpliendo el mandato regio, lo arrancan a la muerte.

La narración del proceso se cierra con un canto a la bondad del emperador, que no sólo concede la vida al vencido, sino también sus riquezas, y el poeta aprovecha la ocasión para pedir para sí la misma gracia.

Si armonizamos las afirmaciones de las tres fuentes mencionadas, aparece claro que en todas ellas se alude a un proceso de infidelidad, en el cual el acusado puede purgar sus culpas acudiendo al duelo judicial, de acuerdo con la regulación franca. Ermoldo el Negro declara, expresamente, que el purgarse de la acusación de infidelidad por medio del duelo es propio del honor franco. Esta afirmación encuentra confirmación en el resultado

700. «Caesar amore Dei paucis conpellat eosdem, / Certa canens illis pro pietate sua. / Quisquis, ait, vestrum mihi quippe fatebitur ultro / Delicti istius protinus esse reum, / Errorem miserans donabo, et cuncta remittam / Debita peccati, vinctus amore Dei. / Credite namque, meis praestat parere suadellis, / Quam ferra pestiferi proelia Martis agi. / Ast illi celeres iterumque iterumque precantur: / Bella placent nobis; bella parentur enim! / Caesar eis sapiens, Francorum iura facessant / Praecipit, ast illi haud mora, iussa colunt». Inmediatamente detrás de *facessant* hay una nota tomada de la edición de Muratori: «i. e. indulgeo verbis, ut dimissa Francorum consuetudine, Gothorum more certamen ineatis». A nosotros nos interesa destacar, únicamente, que la costumbre goda se ciñe únicamente a la forma de combatir, sin que de la práctica de luchar a caballo y con las propias armas pueda inducirse que los godos conocían el duelo judicial.

final: pese a declararse culpable, Bera es perdonado por el monarca, que le permite seguir disfrutando de sus bienes. Este hecho aparece testimoniado por un documento catalán relativo a la herencia del conde Bera. El 18 de agosto del 868 se exvacua en juicio Recosindo, mandatario del conde Salomón, ante el tribunal presidido por el mencionado conde, de la petición de ciertas tierras que tenía el monasterio de Eixalada, ya que Recosindo no puede probar su petición, mientras el abad de Eixalada puede testificar que el conde Bera poseyó las tierras en litigio por compra o por herencia de los padres, y las poseyó pacíficamente, dejándose las a su hija Rutridis, quien, a su vez, se las cedió a su hija Anna y al abad de Eixalada ⁷⁰¹.

Todos estos hechos están en contradicción con la legislación visigoda, que imponía limitaciones al perdón regio en favor de un infiel, tanto en su alcance como en la forma de concederlo ⁷⁰².

El proceso se configura de acuerdo con el derecho franco, pero con una novedad: el combate se realiza a caballo, como las tres fuentes testimonian. Mientras las fuentes históricas no parecen mostrar ninguna extrañeza, Ermoldo el Negro, quizá de forma exagerada, alude a la sorpresa de los francos, que contemplan un duelo realizado de forma, hasta el momento poco conocida ⁷⁰³.

Mayor importancia tiene el hecho de que dos de las fuentes mencionadas señalan que el combate se lleva a cabo a caballo y con las armas propias de los contendientes, porque éstos son godos, aunque, recientemente, se tiende a afirmar que Bera lo era sólo por parte de madre ⁷⁰⁴. Al ser godos ambos contendientes, el

701. D'ABADAL, *Eixalada-Cuixà* 16 (18-VIII-868) 137-138. Cf. MARCA 18 (844) 153.

702. AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, *Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla* (Santiago de Compostela 1971) 42 ss. Para Cataluña vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 150, 222, 248, especialmente.

703. Quizá los autores se inclinen a valorar en demasía esta afirmación, a partir de la idea de que el duelo con bastones es el originario; cf. la nota de Muratori supra n. 700.

704. SALRACH, *El proces* cit. I 40, acogiendo la tesis de Pontisch, señala que Bera debió ser hijo de S. Guillermo de Tolosa, nacido probablemente de un primer matrimonio con una dama goda, llamada Khunegunda; así Bera sería godo, pero sólo por parte de su madre. Cf. l. c. p. 46 y p. 41 y n. 44; p. 42.

combate se realiza con sus propias armas —asta, espada y escudo, según el testimonio de Ermoldo el Negro— y a caballo ⁷⁰⁵.

¿Sirven estas noticias para probar la existencia de un duelo, en cuanto ordalía, entre los visigodos?

Dar una respuesta afirmativa a esta pregunta parece algo fuera de lugar, pues las fuentes se limitan a testimoniar, como costumbre visigoda, el combatir a caballo, no el empleo del duelo como ordalía.

Esta interpretación restrictiva no parece arbitraria, ya que las noticias francas mencionadas se limitan a destacar la costumbre goda de luchar a caballo, mientras las fuentes visigodas guardan silencio sobre el duelo, en cuanto ordalía, dentro del proceso visigodo. La práctica de combatir a caballo, entre los visigodos, no supone la utilización del duelo en tanto ordalía entre los mismos.

No sería oportuno invocar un dudoso testimonio, atribuido a Isidoro de Sevilla, que da cuenta de la educación de la juventud visigoda, la cual «non iaculo tantum debet aut equo vigere sed . . . equitare, iaculare, dimicare, palaestra aequalibus concertare» ⁷⁰⁶, ya que no se trata de una obra isidoriana ⁷⁰⁷, sino de una obra redactada en el siglo IX, quizá en la región narbonense ⁷⁰⁸. De todas maneras, de este texto se puede concluir al máximo que los jóvenes visigodos debían aprender a dominar el caballo y a cabalgar, así como a luchar y enfrentarse con iguales en las palestras.

705. Mientras las dos fuentes historiográficas afirman que Bera es declarado infiel, al ser vencido, el poema de Ermoldo el Negro señala que su infidelidad se mostró, al declararse vencido; la diferencia tiene su importancia, ya que en Castilla el duelo, en el ripto por traición y aleve entre caballeros, no tenía carácter ordalíaco: el vencido y muerto sobre el campo no era declarado traidor o aleve, si no había confesado —vid. OTERO VARELA, *El ripto* en el cit. 73—. No creemos, sin embargo, que deba dársele demasiado valor a la narración de Ermoldo el Negro.

706. P. PASCAL, *The Institutio disciplinae of Isidore of Seville*, en *Traditio* 13 (1957) 426.

707. Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *Index Scriptorum latinorum Medii Aevi Hispanorum* (Madrid 1959) 44; Jacques FONTAINE, *Isidore de Seville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique I* (Paris 1959) 14 n. 2.

708. Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, *De Isidoro al siglo XI. Ocho estudios sobre la vida literaria peninsular* (Barcelona 1976) 177 n. 106, que hablando de la mencionada obra dice: «Mundó... lo cree del s. IX y Septimano o catalán. Más bien parece que hay que pensar en la región narbonense a comienzos del s. IX».

Este es el panorama que nos testimonia de forma fehaciente Isidoro de Sevilla: los visigodos se ejercitaban en palestra en época de paz, con el fin de estar preparados para la guerra. Durante su reinado, Recaredo envió muchas veces contra romanos y vascos a sus hombres, aunque, al parecer, con la intención de ejercitarlos, como en la palestra⁷⁰⁹. Los visigodos eran famosos por combatir a caballo, no sólo con lanzas, sino también con dardos; también combatían a pie, pero se fiaban más de sus caballos⁷¹⁰, para lo que se ejercitaban continuamente, realizando diariamente luchas deportivas⁷¹¹.

No es necesario recordar que para Gál originariamente el proceso franco no conocía el duelo, que aparece por vez primera en el proceso regio por infidelidad y sólo por medio de las capitulares regias del siglo IX fue introducido en el proceso popular⁷¹², pues esta opinión ha sido rechazada por Brunner⁷¹³, autor que sirve de apoyo para afirmar el carácter germánico del sistema ordalíaco peninsular. Sin embargo, es preciso llamar la atención sobre la afirmación brunneriana de que, entre los ostrogodos probablemente no era conocido un duelo ordalía, sino que el duelo por ellos utilizado no era más que un proceso, resultado de una regulación contractual de la autotutela⁷¹⁴.

Esto se deduce claramente de Cassiodoro, que reprocha a los ostrogodos la utilización de las armas para resolver los litigios⁷¹⁵. El escritor no opone dos tipos distintos de pruebas, sino que señala, frente a la solución de los conflictos por las armas —el duelo, en cuanto proceso—, la solución de los conflictos por el derecho.

Si es esta la costumbre utilizada por los ostrogodos, parece lo

709. Isid. *h. g.* 54 —ed. Rodríguez 264.

710. Isid. *h. g.* 69 —ed. cit. 286—. Cf. Isid. *Ety.* 18,7.

711. Isid. *h. g.* 70 —ed. cit. 286—. Cf. Isid. *Ety.* 18,17 ss. Otro valor debe atribuirse a Mart. Dum. *opera* —ed. ES p. 396—, pues alude a la guerra, como Iul. *Hist. Wamb.* 10 —ed. ES p. 549—: «et credo ad examen pugnae acceditis»; Wamba hace presente a su ejército que han acudido a combatir al tirano Paulo, no a cometer tropelias.

712. GÁL, *Der Zweikampf* cit. 236 ss.

713. BRUNNER *DRG* II 508 n. 60.

714. BRUNNER *DRG* I 264-265.

715. Cass. *Var.* III 24 —ed. Mommsen, en MGH. AA. XII 92—; cf. III 23.

más lógico que también fuese esta la utilizada por los visigodos; pero, aun siendo lógica esta conclusión, al estar ambos pueblos estrechamente emparentados, no puede afirmarse que sea la verdadera. Es una hipótesis, que no encuentra confirmación en las fuentes. La noticia ofrecida por las fuentes francas, volvemos a repetirlo, se limita a afirmar que los visigodos estaban acostumbrados a combatir a caballo y con sus armas, pero sin que, de aquí, se puedan obtener mayores conclusiones.

Afirmar que los visigodos conocieron el duelo judicial, sólo puede hacerse a partir de hipotetizar que los germanos utilizaban, en las épocas más antiguas, el duelo como ordalía, dentro de un proceso, y que los visigodos, en cuanto pueblo germánico, lograron conservar esta práctica, a pesar de la oposición regia, plasmada en sus leyes. Los presupuestos en que se asienta esta hipótesis, tal como han sido establecidos por Brunner y aceptados por los germanistas peninsulares, son de una gran debilidad. La afirmación de la perduración del duelo, como ordalía, fuera del proceso judicial, en la época visigoda, es una simple petición de principio, contradictoria, además, de la configuración del duelo como una ordalía. Aun admitiendo la distinción establecida por Brunner, a la que hemos hecho alusión, entre un proceso y un proceso judicial, es evidente que, en la época visigoda, el duelo sólo podía utilizarse extrajudicialmente, por lo que no podía considerarse, aun en el supuesto de emplearse, como una ordalía, como un trámite probatorio, sino, en todo caso —para conservar la terminología brunneriana— como un proceso en sí, resultado de la regulación contractual de la autotutela.

Es posible creer que, ante el silencio de la legislación y la utilización en la práctica de un duelo en cuanto proceso, poco a poco, se abriese camino la idea de utilizar el duelo, en cuanto ordalía, dentro del proceso; para que esto pudiese suceder así, era necesario no sólo el acuerdo de la otra parte, sino también el consentimiento del juez.

Pero que esto no ha podido suceder así, parece mostrarlo, de forma clara, la evolución en Cataluña. No deja de ser significativo que el proceso catalán no conozca la utilización de otros medios probatorios que los establecidos por la legislación visigoda. Sólo

a fines del siglo X comienza a testimoniarse el empleo de las ordalías, que, en un primer momento, no logran una acogida entusiasta. Ni siquiera el duelo, que con el tiempo se convertirá en la forma de purgarse propia de la nobleza, logra escapar a esta suerte. Cuando en el 1019, una de las partes rechaza todo otro medio de prueba, que no sea el duelo, la otra parte se niega a aceptar el mismo, señalando que no aparece elencado entre los medios de prueba del *Liber*.

Podría decirse que, frente a la posición legalista de una de las partes, conveniente a sus intereses, la afirmación de la otra parte manifiesta el triunfo del duelo en la práctica, pero esta interpretación chocaría con los datos existentes e, incluso, con la misma función de la ordalía dentro del sistema probatorio. Si hasta fines del siglo X no aparece testimoniado el empleo de la ordalía en el proceso catalán, este silencio no puede atribuirse a la inexistencia de documentos o a un estado latente; son numerosos los documentos que reflejan la aplicación del sistema probatorio visigodo y su existencia hace imposible que las ordalías puedan haber constituido un medio probatorio. No hay ninguna razón para guardar silencio sobre su empleo, si realmente se hubieran usado, tal como los documentos, a partir de principios del siglo XI, con una única excepción en el siglo X, lo demuestran.

Los testimonios más antiguos catalanes destacan, además, esta aparición reciente de las ordalías, y, entre ellas, de la ordalía del duelo, desde el momento en que, en algunos casos, la utilización de las mismas se hace de forma arbitraria por una de las partes, rechazando cualquier otro tipo de prueba⁷¹⁶. Ante la crisis de la vida social, se abren todos los caminos.

Finalmente, es necesario señalar un hecho digno de valorarse en toda su significación. Cuando durante el siglo XI comienza a afianzarse el duelo en Cataluña, pueden distinguirse dos tipos del mismo: el realizado a pie y el realizado a caballo; además, normalmente, «cada una de las partes era representada por un caballero, que no hubiese hecho batalla jurada *con escudo y bastón*»⁷¹⁷.

¿Puede afirmarse, sin más, que existe una relación genética

716. Vid. infra p. 214.

717. BALARI, *Orígenes* cit. 420; BONNASSIE II 729.

entre aquel duelo del conde Bera, realizado por los interesados a caballo y con las propias armas de los combatientes y este nuevo duelo, realizado a pie o a caballo, por medio de representantes, y con escudo y bastón? ¿El silencio de las fuentes entre el 820 y el 1019 puede salvarse invocando una costumbre germánica, que ahora no tiene por qué estar reprimida? ¿La fracasada intentona de 1019 de utilizar el duelo como medio de prueba no muestra con claridad que se trata de una novedad desconocida hasta el momento? ^{717 a}.

La persistencia del proceso visigodo en Cataluña, tras la desaparición de la monarquía visigoda, y el silencio de las fuentes catalanas sobre el empleo del duelo como ordalía confirman la interpretación restrictiva ofrecida de los textos francos mencionados, en especial del poema de Ermoldo el Negro. El proceso del conde Bera manifiesta la práctica habitual, entre los visigodos, de combatir a caballo. Como Sánchez Albornoz ha afirmado en alguna ocasión, «y, por si todavía quisiera ponerse en tela de juicio la perduración a través de toda la historia hispano-gótica, de la primitiva costumbre de los godos de combatir como jinetes», puede mencionarse el duelo del conde Bera ⁷¹⁸.

717 a. Es conocida la argumentación de Liutprando para conservar el empleo del duelo, pese a las graves consecuencias que se derivan de ello: es una antigua costumbre de los longobardos el recurrir al duelo. «Quia incerti sumus de iudicio dei, et multos audiuimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere; sed propter consuetudinem gentis nostrae langobardorum legem ipsam uetare non possumus» —Liutp. 118. II ed. Bluhme 130— (Cf. GÁL, *Der Zweikampf* cit. 286, sobre su valoración). Pero esta antigua costumbre quizá no rebasase los 100 años, si en el 623/24 el empleo del duelo en la corte del monarca longobardo se debe a influencia merovingia —GÁL, *Der Zweikampf* cit. 245—. No debe exagerarse la antigüedad de las viejas costumbres; también hoy día se puede encontrar fácilmente la fórmula de «The ould Irish coffee», redactada incluso en un más o menos correcto antiguo inglés para darle mayor antigüedad, y embellecida con datos que fácilmente lleva a colocarla en una época en la que ni se conocía el café en Irlanda ni se hablaba siquiera el inglés; pese a todo ello, no debe hacer más allá de veinticinco años que se preparó por primera vez esta poción en el aeropuerto de Shannon.

718. Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ Y MENDUIÑA, *En torno a los orígenes del feudalismo. Parte Segunda. Los árabes y el régimen prefeudal carolingio. La caballería musulmana y la caballería franca del siglo VIII*. III (Mendoza 1942) 99-100.

14. ¿Qué conclusiones pueden obtenerse de las anteriores afirmaciones? Hace ya algunos años se ha escrito que «la historia del Derecho español se resiente de no haber tenido un duelo a muerte entre romanismo y germanismo, semejante a la polémica entre Schupfer y Tamassia. Este duelo violento entre Schupfer y Tamassia ha enseñado muchas cosas a los historiadores italianos, ha precisado muchos contornos y ha contribuido a relegar el tema romanismo-germanismo al fondo de la Historia de la historiografía jurídica italiana»⁷¹⁹. Desde el día en que fueron escritas dichas palabras hasta hoy las cosas han cambiado, ya que asistimos a un cierto enfrentamiento entre romanistas y germanistas, como resultado de las discusiones surgidas en torno a la tesis de García-Gallo, de que el derecho legislado visigodo se aplicó, desde un primer momento, a todos los pueblos sometidos al poder del monarca godo.

Este planteamiento explica que, normalmente, se hayan utilizado las instituciones germánicas o romanas como armas arrojadizas, cayendo así en el peligro de convertir el derecho romano y el derecho germano en dos entes abstractos, que operan por encima de la historia, como destacaba hace ya algunos años Cassandro⁷²⁰, con lo que se prescinde de profundizar en el conocimiento histórico. Es muy posible que tal forma de actuar sea un pasaje obligado de la historiografía jurídica peninsular y también es muy posible que nos equivoquemos en nuestras valoraciones, pero, de todas formas, creemos necesario destacar que el mayor peligro que se deriva de este enfrentamiento es el desconocer la capacidad creadora, en el campo del derecho, de los pueblos, en los distintos momentos de su historia.

Si este es, a nuestro modo de ver, el peligro mayor que se corre, no es el único. Estas discusiones, a veces, dan la impresión, quizá equivocada, de retroceder a una época en la que la invocación de las autoridades permitía afirmar, como recordaba Russell,

719. Alfonso OTERO, *El Código López Ferreiro del «Liber iudiciorum»*, en *AHDE* 29 (1959) 569.

720. Giovanni CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*. (Estratto degli Anali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari. Nuova Serie. Volume IX 1948) (Bari 1949).

que las mujeres tenían menos muelas que los hombres, con el único apoyo de Aristóteles.

La existencia de unos pueblos, a los que se califican de germánicos, en el antiguo solar imperial, es una realidad que no puede desconocerse; la existencia de un antiguo derecho germano originario, propio de un pueblo germano único, es algo que ya comienza a ser una cuestión de fe ⁷²¹ y la descripción de ese derecho germano originario no es más que una hipótesis científica y, por tanto, caduca y perecedera ⁷²².

Los pueblos de origen germano, al asentarse establemente y formar sus propias organizaciones políticas, consolidan, igualmente, sus propios ordenamientos jurídicos, los cuales pueden ser estudiados, a partir de los testimonios conservados. La formación de estos ordenamientos presenta, sin embargo, sus propias características, dentro del ambiente histórico común a todos ellos. Cada uno de estos pueblos tenía, en el momento de asentarse en el solar imperial, su propio derecho, que no se puede identificar con el derecho germano originario trazado por los historiadores; aún admitiendo que los derechos de todos estos pueblos hayan arrancado de un único derecho, la evolución por cada uno de ellos sufrida, a través de la historia, es diferente. De otro lado, no puede olvidarse que el asentamiento se realiza de forma diferente por cada uno de estos pueblos y en condiciones distintas, lo que debe encontrar reflejo también en el ordenamiento jurídico. Finalmente, no debemos olvidar que las fuentes jurídicas proceden de esta época, cuando, al menos el pueblo visigodo que nos interesa, han sufrido la experiencia radical de cambiar de creencias religiosas.

Puede parecer extraño que, tras lo dicho, propongamos que el estudio del derecho histórico peninsular deba realizarse a partir del derecho romano, aquel derecho romano que se aplicaba en la

721. Hermann CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte I. Frühzeit und Mittelalter. Ein Lehrbuch* (Karlsruhe 1954) 6: «En el momento de su entrada en la historia, los germanos no formaban ningún pueblo, sino que estaban divididos en numerosas tribus. No es seguro que haya habido alguna vez un pueblo germánico unido. Tempranamente se realizó una división de los germanos en tres grandes grupos: germanos occidentales, germanos orientales y germanos del norte».

722. Vid. supra n. 49.

península, pero debemos subrayar que ni consideramos el derecho romano —como el derecho germano— un ente abstracto, que determina el curso de la evolución jurídica europea, sino un ordenamiento jurídico concreto, que se aplicaba en la península, ni tampoco creemos que es suficiente conocer el derecho romano, para explicar el derecho visigodo peninsular. Recientemente Lalinde, al ocuparse del problema de la Recepción, aludía entre otras posiciones a la de quienes se inclinan a considerar la historia del derecho español como una historia del derecho romano en España y, tras destacar que «todas estas posturas son aceptables, aunque, naturalmente, a condición de no hacerlas salir de los límites con que las debieron concebir sus propios autores. Destacar el componente romano no significa excluir otros y conferir a éstos una valoración también alta», me incluía, con una formulación radical, dentro de esta concepción, aunque señalando igualmente que ya había puesto sobre aviso sobre la simplicidad de la fórmula de que la historia del derecho peninsular no es otra cosa que la historia de la evolución del derecho romano en la península ⁷²³.

Decir que la historia del derecho español es la historia de la particular evolución del derecho romano en la península, dentro de la óptica calassiana, significa colocarse en las antípodas de una historia del derecho romano en la península o, para retomar un título clásico, de una historia del derecho romano en la Edad Media. Se trata, únicamente, de destacar que el ordenamiento jurídico, que está en la base de la evolución milenaria, que concluirá en la codificación, no es otro que el ordenamiento romano, recibido en la península.

Afirmar que la historia del derecho español no es otra cosa que la particular evolución del derecho romano en el ámbito peninsular no es más que una traducción, en el campo jurídico, de la idea que el castellano no es otra cosa que el latín hablado por los españoles, afirmación simplista y reductiva si se quiere, pero muy gráfica. Si el castellano es una lengua romance, quiere ello decir que deriva del latín, lengua del imperio romano, que se

723. Jesús LALINDE ABADÍA, *Situación del derecho romano en el sistema jurídico aragonés*, en *Revista de Historia del Derecho* (=Hom. Prof. Torres López) II-1 (1977-1978) 171-172.

siguió utilizando al desmembrarse éste, sobre todo en el imperio occidental, «la mayoría de cuyas provincias continuaron hablando dicha lengua, a pesar de las muchas invasiones de pueblos extraños que sufrieron; y podemos decir que aun hoy día siguen hablándolo, claro es que muy transformado y de diversa manera en cada una de esas provincias»; «los varios estados de transformación a que en esas provincias llegó el latín hablado, se llaman *lenguas romances o neolatinas*»⁷²⁴. En definitiva, el sistema lingüístico de las lenguas romances viene configurado por el latín, pero las transformaciones sufridas por este sistema lingüístico latino explica la formación de las lenguas romances. La idea, que nos parece más fructífera, estriba precisamente en destacar la existencia de un sistema, que puede recibir influencias exteriores, incluso abundantes, pero que se mantiene a través del tiempo en cuanto sistema. El castellano es así una lengua neolatina, pero en su formación entraron igualmente a formar parte otros elementos «muy extraños y en muy diversos tiempos»⁷²⁵.

El derecho español arranca así del derecho romano, pero entraron a formar parte del mismo otros muchos elementos. Es más, podríamos decir que, precisamente debido a la introducción de esos elementos extraños, dejó de ser derecho romano para convertirse en derecho español, con la codificación, tras pasar por diversos caminos intermedios.

Es cierto que la lengua ha sido concebida como una estructura, «un autónomo sistema de signos, separado de su uso e independiente de los individuos que lo usan», tal como ha hecho de Saussure, pero también es cierto que sus discípulos han tenido que volver a introducir la historia dentro de la evolución de la lengua⁷²⁶. De

724. Ramón MENÉNDEZ PIDAL, *Manual de gramática histórica española*¹⁸ (Madrid 1966) 1.

725. MENÉNDEZ PIDAL, *Manual* cit. 15.

726. Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, publié par Charles Bally et Albert Sechehaye, avec la collaboration de Albert Riedlinger (cinquième édition) (Paris 1962), cf. en especial pp. 23 ss.; 114 ss.; para una valoración de su doctrina y de las modificaciones que sus discípulos han debido introducir, vid. el prólogo de Amado ALONSO, que acompaña a su traducción castellana de la obra de Saussure —decimotercera edición, Buenos Aires 1974, pp. 7-30—, de donde hemos tomado —p. 11— la frase reproducida en el texto.

forma paralela, en el campo del derecho, la teoría de la «*Isolierung*» de Schulz y posiciones semejantes de otros autores han visto en el derecho romano —en el derecho, en definitiva— una construcción técnica, cuya evolución puede ser explicada a partir de necesidades lógicas internas. Este planteamiento, cuyos méritos, por evidentes, no vamos a discutir, conduce necesariamente a una historia del derecho romano en la Edad Media, posición antagónica a la que planteamos. Dos opciones diferentes, de las que hemos elegido una, pero sin desconocer que el conocimiento del derecho del pasado puede alcanzarse por diversos caminos, que no deben concebirse como excluyentes, sino como complementarios, al ser todos ellos reductivos y, por ende, incapaces de recuperar el pasado en toda su complejidad. La parcialidad e insuficiencia son características de todos los métodos históricos, pese a que podamos ilusionarnos con la idea de haber alcanzado uno, que nos conduzca, sin temor a equivocarnos, al conocimiento de la Verdad.

De la misma manera que el castellano no puede ser explicado únicamente a partir del latín —tal sería el caso de la pérdida de la *e* inicial latina por influencia ibérica—⁷²⁷, otro tanto podríamos decir del derecho español codificado⁷²⁸. De aquí que, si parece oportuno desechar el recurrir al derecho germano como un *deus ex macchina*, que explique el derecho medieval peninsular, nos parece igualmente rechazable ver en el derecho visigodo una simple evolución interna del derecho romano, en su variedad de derecho romano vulgar, sin posible modificación, por influencia del derecho de los visigodos, es decir, no del derecho germano común, sino de un derecho germánico. Pero igualmente nos parece demasiado simplificador resolver el derecho visigodo legislado en un reparto más o menos equitativo entre el derecho romano y el derecho germano a los que se puede añadir el derecho canónico, para formar la triada a la que aludía Cassandro.

El ordenamiento jurídico, algo que podríamos concebir, quizá, como un sistema no lógico, sino vital, de criterios de valoración,

727. MENÉNDEZ PIDAL, *Gramática* cit. 16, 121 ss.

728. La comparación no puede llevarse, sin embargo, hasta sus últimas consecuencias; no parece que en la historia del castellano haya nada parecido a la transformación sufrida por el derecho peninsular, como consecuencia de la Recepción.

dirigidos a resolver los conflictos de intereses de una sociedad concreta, viene determinado por el derecho romano, como hemos visto, que constituye así el marco donde se incorporan las nuevas instituciones, o importadas de otros pueblos, o aportadas por las nuevas necesidades o resultado de la aplicación de nuevos criterios de valoración. De aquí que nos parece ilógico colocar en un mismo plano el derecho romano y el derecho germano, salvo que aceptemos que éste ha substituido aquel, en la época visigoda y durante la Alta Edad Media. Tal probabilidad no nos parece sostenible, en el momento presente ⁷²⁹. Debemos ver por tanto las posibles modificaciones introducidas en el derecho romano, como consecuencia del asentamiento del pueblo visigodo, y no sólo de su propio derecho, pero teniendo siempre en cuenta que esto se va a operar dentro del cuerpo del derecho existente en la península: el derecho romano que, en cuanto persiste en el reino visigodo, ha alcanzado el escalón primero, que le llevará a la evolución, que concluirá en la codificación, por lo que debe llamarse derecho visigodo. El derecho visigodo es un medio para resolver los conflictos de la sociedad visigoda y, si puede ser interesante filiar los orígenes de alguna institución concreta, no puede por menos de destacarse, en primer lugar, las nuevas necesidades, que dan lugar a la modificación de la regulación jurídica.

Las modificaciones en el derecho no deberían ser explicadas, sin embargo, recurriendo a unas características —principios— o del derecho romano o del derecho germano, que precisamente por generales, y por significativas que sean, quizá nunca se dieron en los mismos; estas modificaciones parece que deben ser explicadas a partir de las situaciones concretas que las provocan y de los medios técnicos, es decir, de las normas jurídicas existentes en ese momento. Si pueden ser legítimos los esfuerzos de Brunner para alcanzar a trazar un derecho germano originario, el mismo no puede ser utilizado para explicar el derecho visigodo o el derecho medieval peninsular, que sólo pueden explicarse desde la situación social que los ve nacer y a partir de los instrumentos técnicos con que se cuenta en aquellos momentos, para configurar aquellas so-

729. Vid. nuestro trabajo cit. en n. 143, sobre el problema del derecho consuetudinario visigodo.

ciudades; no debería recurrirse a un derecho germano, sino ver, en todo caso, el derecho franco, el derecho ostrogodo o longobardo, etc., es decir, los derechos germánicos concretos, coetáneos del derecho visigodo o de los derechos medievales peninsulares.

Al ocuparnos del proceso del conde Bera, no hemos querido estudiar las ordalías, sino, únicamente, llamar la atención sobre algunos hechos, que nos parecen significativos: si, realmente, se siente la necesidad de discutir sobre el carácter del derecho peninsular, defendiendo su origen germano o su origen romano, parece oportuno, en primer lugar, plantearse el estudio del derecho altomedieval, institución por institución. Seguir invocando la autoridad de Brunner, a través de las afirmaciones de Hinojosa, parece un tanto arriesgado, ya que la obra genial de Brunner es hija de su tiempo. Al final, además, la discusión se convertiría, quizá, en un recuento de instituciones, tantas de origen germano y otras tantas de origen romano, olvidando que el derecho —el ordenamiento jurídico— es algo más que una suma simple de instituciones y prescindiendo de la capacidad del hombre para resolver en cada momento sus problemas concretos. Quizá fuese mejor señalar que el derecho altomedieval es el heredero del derecho visigodo, como éste lo fue del romano, tratando de ver qué soluciones se consiguen, a partir del propio derecho existente, y qué soluciones se consiguen, poniendo a contribución otros derechos contemporáneos, pero no invocando un derecho germano que ya no existe. Otro tanto podría decirse del derecho romano: quizá sea conveniente comenzar a ver en el derecho visigodo una creación de la época, utilizando unos materiales existentes —el derecho romano y la propia tradición jurídica de los visigodos, en su caso—, pero que no debe ser considerado ya evolución del derecho romano, pues el ciclo vital del mismo, en el mundo occidental, había terminado ya con la deposición de Rómulo Augustulo.

Dejar en un segundo plano la filiación a una tradición diferente —romana o germana—, quizá pueda conducir a prestar una mayor atención a la actividad creadora de cada época.

Si no nos equivocamos en nuestras apreciaciones, puede afirmarse que no existe testimonio alguno que hable del empleo de las ordalías por los germanos, pero, al mismo tiempo, puede decirse que existe una tendencia general a ver en la ordalía —en el juicio

de Dios— un fenómeno común a toda la humanidad y que la ordalía aparece en Europa, de nuevo, con el asentamiento de los llamados pueblos bárbaros en el antiguo solar imperial. ¿Presenta el sistema ordalíaco los mismos caracteres en todos los pueblos? Hemos ya resaltado que el origen germano de la ordalía se consigue a través de una simplificación arbitraria, mediante la concentración de la atención en la idea misma —despojada de toda profundidad— de la ordalía y prescindiendo de la manera de realizarse. Con los datos que de forma aislada hemos ido dando, se muestra con facilidad esta afirmación. Sería suficiente con reenviar a la obra de Brunner, pero hemos ya señalado que, independientemente de cuál sea el origen de la ordalía medieval, parece claro que Brunner no demuestra su origen germano. Pero dejando a un lado el problema de su origen, ¿es posible hablar de la ordalía como algo unitario en toda Europa?

Dos cosas es necesario precisar: en primer lugar, las ideas religiosas imperantes podían conducir a la formación de un concepto de ordalía, a partir de la existencia de un Dios omnipotente, omnisciente y justiciero; la Iglesia creó un formulario para regular la manera de realizarse las ordalías. Volvemos a repetir que no pretendemos estudiar el origen de las ordalías, pero sí destacar que, en esta época, el pensamiento religioso predominante podía ver en el juicio de Dios una intervención divina, para distinguir lo justo de lo injusto; a partir de esta idea central, las formas concretas de realización de la ordalía pueden variar de un lugar a otro fácilmente. ¿Qué conclusión se puede obtener? Si el pensamiento religioso es el mismo, al haberse extendido el cristianismo, cada pueblo puede traducir jurídicamente, de forma independiente, esta idea.

En segundo lugar, la aparición de un formulario eclesiástico puede provocar una aproximación en las distintas prácticas ordalíacas existentes, independientemente de su origen. La prueba ordalíaca puede haber aparecido de forma independiente en cada pueblo, pero es posible que se llegue a una cierta unificación en la forma de realizarla, por medio de la difusión de estos formularios.

Una religiosidad común permitiría la aparición independiente, y con caracteres diferentes, de una misma institución: la prueba

ordalíaca; la existencia de unos formularios eclesiásticos podía producir una cierta uniformidad en la forma de realizarse esta prueba. Quizá en esta tensión puedan explicarse las semejanzas en la ordalía medieval, así como sus diferencias.

15. El asentamiento de los visigodos en la península no explica la aparición de las ordalías de la Alta Edad Media peninsular, por lo que, con base en las afirmaciones realizadas, pretendemos ofrecer una hipotética respuesta a la aparición de las ordalías en la península, a partir de la misma evolución interna del derecho peninsular. No excluimos la posibilidad de que, en algunos casos, la forma de realizarse la ordalía haya podido venir de fuera, ni negamos que, en ocasiones, esto se ha debido a una recíproca influencia entre los distintos reinos, pero, para hacer afirmaciones más precisas, debería llevarse a cabo un estudio de las ordalías —tarea que escapa a los fines de este trabajo—, que no se contentara con meras apariencias externas.

La práctica de meter la mano en un recipiente de agua hirviente o de coger con la mano un hierro candente pudo haber llegado a cualquier lugar por medio de narraciones, leyendas o poesías⁷³⁰, sin que haya tenido que mediar una posible influencia jurídica; y otro tanto puede decirse del duelo o de la ordalía del agua fría. La aparición del duelo con escudo y bastón en Cataluña, a partir de los primeros años del siglo XI, no es necesario vincularla a una influencia del derecho franco, ni a esta posible influencia o a una influencia catalana la regulación de este duelo por Alfonso VI en 1091. Bastaría la simple noticia de haberse realizado un duelo, llegada a través de juglares, para que se pudiese aceptar que, para resolver los problemas derivados de la crisis del sistema judicial catalán —o leonés—, se pensase en recurrir al mismo. Dentro del proceso visigodo, continuado en Cataluña, se intenta insertar así, en 1019, el duelo. Que su regulación tuviese que responder, caso

730. Vid. por ejemplo, aunque con otro alcance, Mauricio MOLHO, *Difusión del derecho pirenaico (Fuero de Jaca) en el reino de Aragón*, en *BRALBLB* 28 (1959-1960) 324 ss.; en p. 333 ss., se ocupa Molho de *F. Jaca A 228=Rec. I de Aragón 78=FGN 6,9,4*, donde existe una reelaboración del suceso de Susana, que hemos visto aparecer en la obra de Leandro de Sevilla; para Molho, los textos jurídicos mencionados dependen de fuentes orientales, pese a la alusión a Susana.

de haberse celebrado, a una influencia jurídica extraña si posible, no es necesario. Recordemos que en 1037, cuando se recurre a la ordalía del agua fría, ésta se realiza de acuerdo con los criterios establecidos por los jueces con las partes, determinándose así que, en caso de empate, podríamos decir, se repartiese por mitad la tierra en litigio, aunque se haya utilizado igualmente, al parecer, el formulario eclesiástico ⁷³¹.

Dentro de estos presupuestos, indemostrados por tanto, y, muy posiblemente, necesitados de matización por el reconocimiento de una cierta influencia exterior, es posible vincular la aparición de las ordalías en la península a causas diferentes, pues su empleo no parece responder a las mismas finalidades.

Si tomamos como punto de partida el estadio final de la evolución de las ordalías en la península, podríamos, sin embargo, decir que la aparición de las ordalías en la península tuvo su razón de ser en la crisis del juramento, como último medio de prueba, por la creciente extensión del perjurio. Donde los pleitos pueden resolverse por medio de documentos o testigos, no debe acudir al duelo, afirma el texto valenciano, pero «ubi deficit probatio hominum, relinquam iudicio et tunc prelium partibus concordantibus fieri consuevit» ⁷³². Donde faltan pruebas humanas debe recurrirse al juicio de Dios, juicio de Dios que se trata de evitar precisamente en los mismos *Fori Valentiae*, al establecerse que, donde faltan documentos y testigos, no debe recurrirse al duelo o a la ordalía del hierro candente o a cualquier otro medio, sino que, si el actor no podía probar «pars alia iuret et credatur suo iuramento et non possit tornari» ⁷³³. Aquí aparece la conclusión de un largo proceso, que se había iniciado, precisamente, en el mismo punto, aunque bajo otro clima: según el derecho visigodo, cuando las pruebas de los hombres —documentos, testigos y cualquier indicio de verdad— no eran suficientes, se debía recurrir al juramento de una de las partes ⁷³⁴.

En un clima religioso, donde se trataba de evitar el perjurio,

731. Vid. supra p. 112, 172 ss.

732. *F. Valentiae* 133,2

733. *F. Valentiae* 62,27.

734. Vid. supra n. 198.

la facilidad con la que el perjurio se cometía, debió inducir a poner límites al fácil acceso al juramento, para parafrasear el *Liber*. Recordemos aquella interpolación llevada a cabo en un manuscrito catalán del *Liber*, que equiparaba el perjurio a la infidelidad. La agravación de la pena del perjurio es síntoma de un malestar, pero no un remedio eficaz. La Alta Edad Media no había heredado, sin embargo, sólo el antiguo proceso visigodo, sino también aquellas ideas religiosas que tendían a identificar Dios y justicia, ideas que se consolidaron durante la mencionada época. Dios se identifica con la justicia y, por ende, deviene el máximo juez, que actúa no sólo en el cielo —en el juicio final—, sino también en la tierra, en los juicios humanos. El recurrir a las ordalías sería así un medio para actuar la justicia divina, pero, al mismo tiempo, un medio para controlar y evitar los perjuros.

También durante la Edad Media peninsular se mantiene la identificación entre Dios y justicia, como se recuerda en un documento de San Pedro de Besalú del 978, «cum igitur Deus justitia sit»⁷³⁵ y se vuelve a repetir en el 979⁷³⁶. Se comprende así la creencia en que quienes juran y perjuran quedarán sometidos al juicio de Dios.

Este planteamiento permitiría pensar que el juramento se convirtiese en una ordalía, pero la misma desconfianza ante el juramento parece que impidió que se llegase a tal solución. El perjurio quedará sometido a los sagrados misterios de la divinidad, pero la inocencia o culpabilidad deberá manifestarse por medio de algunas de las ordalías, que hemos mencionado.

El juramento expurgatorio, último remedio al que podían acudir los jueces visigodos, antes de la reforma de Recesvinto, a falta de pruebas, se mantendrá en la Alta Edad Media, tras la desaparición de la monarquía visigoda, pero sin llegar a convertirse por ello en ordalía. El juramento se ve rebajado en su antiguo valor, ya que, en ocasiones, se exige que sea confirmado por un juicio de Dios. De aquí que los testigos, al jurar, señalen que, si perjuran, «et nomen Domini falsamus comprehendat nos sacra misteria Dei et

735. VILLANUEVA XV 25 (978) 261=MONSALVATJE II 6 (978) 209-220.

736. VILLANUEVA XV 26 (979) 265=MONSALVATJE II 7 (979) 221-225.

innocente pena caldaria»⁷³⁷ y se pueda recurrir «ad iudicium Dei omnipotentis in aqua frigida... ut inde appareat cuius directum sit»⁷³⁸.

Se recurre al juicio de Dios en la confianza de que Dios, que conoce todas las cosas ocultas, querrá revelar patentemente la verdad de los hechos⁷³⁹. Quienes superen la prueba ordalíaca no podrán ser castigados como culpables, como recuerda Alfonso VI en 1072, pues deben estar salvos y seguros, aquellos a quienes Dios quiso salvar y librar⁷⁴⁰. Dios, como juez supremo, manifiesta todo su poder a través de las pruebas ordalíacas, haciendo triunfar la justicia, «et fecit Deus omnipotens suam uirtutem et iudicauit per directum et superauit el peon de Diac Albarez al peon de Errant Monnuz»⁷⁴¹.

Quizá no deban valorarse en demasía estos testimonios, ya que la mayoría de ellos se manifiestan a la terminación del empleo de una ordalía. De la identificación entre Dios y justicia y de la fe en la actuación de Dios como juez supremo, a través de las ordalías, no puede concluirse sin más el triunfo de las mismas; puede explicarse la aparición de las ordalías, pero no su triunfo. En la práctica, por razones obvias, se tendió a evitar su empleo.

Dentro de los testimonios que hemos manejado, habría que afirmar que el empleo de las ordalías, para controlar el juramento expurgatorio del acusado, debió ser algo posterior al empleo de las ordalías en el proceso. Baste recordar que los testimonios catalanes más antiguos presentan este recurso a la ordalía, como resultado de una decisión propia del acusado, quien, para librarse de la sospechas de haber robado decide someterse a la prueba del agua

737. LOSCERTALES, *Sobrado* I 109 (s. d.) (986-999) 132; GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 26 (20-XI-953) 105: «et si mentimus et nomen Domini in falso tangimus comprehendat nos iudicium Dei et pena kaldaria».

738. RIUS, *S. Cugat* II 545 (19-VII-1037) 204.

739. VILLANUEVA VIII 31 (1016) 284: «Sed Deus qui occulta novit cuncta, patenter voluit revelare in supra dictorum presentia illius iniquissima fraudulentia».

740. *ES* 36 ap. 27 (1072) LVI: «Et cum omnes Ville eliminate fuerit, et innocentes apparuerint, non iudicentur sicut nocentes, nec cogantur aliquid exolvere a Sajonibus sicut antea consuetudo erat, sed sint salvi et liberati quos Deus salvare et liberare voluerit».

741. MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos* 147 (1100) 196.

hirviente. Esto ocurre en el 988, cuando el acusado de haber ocultado un testamento se niega a confesar su culpa y propone, fiándose en sus artes mágicas, someterse a la ordalía del agua hirviente ⁷⁴². Otro tanto sucede en 1016, cuando el acusado de robo, se niega a devolver lo robado y, fiado igualmente de sus artes mágicas, propone acudir a la prueba del agua hirviente ⁷⁴³. Todavía en 1079, en un suceso un tanto complicado, son los acusados quienes proponen acudir a la mencionada ordalía, si bien es el juez, en el 1081, quien obliga al acusado a someterse a la prueba ⁷⁴⁴.

Esta decisión personal del acusado parece hablar en favor de una incorporación reciente de esta práctica al proceso catalán, como se demuestra por el hecho de que, prácticamente, hasta los primeros años del siglo XI, el proceso catalán observe la regulación del *Liber*.

Esta misma novedad, y la finalidad concreta de combatir los perjurios, la muestran las cartas judiciales concedidas por Sancho Ramírez, rey de Aragón y Navarra, a Santa María de Alquezar, San Juan de la Peña, Hospital de Santa Cristina y San Pedro de Jaca. En todas ellas, aparece una explicación del empleo de la ordalía del hierro candente, que es la misma que encontramos en las fuentes francas —y no tratamos de establecer una vinculación—, que denota al mismo tiempo dicha novedad. Tras establecer que, en las contiendas entre los villanos de los mencionados monasterios y sus villanos, merinos e infanzones por motivo de las tierras se resuelvan por el juramento y la ordalía del hierro candente, añade «et proinde pono et mando hunc iudicium, quia multi sunt inflati spiritu maligno, que non timent periurus de iure, et ideo que iuraverit salvum faciat per ferrum» ⁷⁴⁵. Es decir, el monarca establece la ordalía del hierro candente, ya que existen muchas personas, las cuales, inducidas por el diablo, no temen perjurar. El recelo ante el perjurio y la desconfianza ante la prueba alcan-

742. Vid. supra n. 388.

743. Vid. supra n. 388.

744. Vid. supra n. 388.

745. F. San de la Peña, en José María RAMOS Y LOSCERTALES, *La formación* cit. 7 n. 6=MUÑOZ 328; para los restantes textos, MUÑOZ 251-252 y 252 n. 1, salvo para S. Pedro de Jaca—DURÁN GUDIOL, *Huesca* I 41 (III-1079) 57-58—, publicado por Durán Gudiol.

zada por medio del juramento expurgatorio del derecho visigodo exigen la intervención de esta prueba ordalíaca. Esta finalidad se resalta de forma clara, pues mientras para los villanos la prestación del juramento va acompañada de la prueba del hierro candente, esta relación automática no se da para los infanzones y potestades, quienes tienen que jurar ante el rey y si éste y otros infanzones conocen que ha perjurado, «ipse faciat de illo iudicium»⁷⁴⁶.

Estos testimonios, sin embargo, no manifiestan una sumisión voluntaria del acusado a las ordalías, pues son privilegios, que tratan de proteger las tierras de los mencionados lugares, obligando a quienes las invaden a prestar dicha prueba, de la misma manera que lo hacen los villanos regios⁷⁴⁷. Estamos ante una novedad, pero impuesta.

Podemos aludir ahora a un empleo diferente de las ordalías, que parece haber sido el más antiguo; al menos, del mismo tenemos los testimonios más antiguos. Si las ordalías han nacido para combatir el perjurio, aquellos que estaban más expuestos eran los testigos, quienes debían jurar sus declaraciones. El acusado podía recurrir al juramento sólo en el caso de haber sido acusado por sospechas, pues, si su delito se podía probar por otros medios, no había lugar a tal recurso. En la época visigoda sucedía lo mismo, salvo que, en vez de recurrirse a las ordalías, se acudía al tormento del sospechoso⁷⁴⁸. También se podía utilizar, en lo que podríamos llamar pleitos civiles, el juramento por una de las partes, de acuerdo con la tradición visigoda⁷⁴⁹, pero tal posibilidad no debía ser tan frecuente, como la representada por la declaración jurada de los testigos.

Los testimonios más antiguos del empleo de la ordalía en la península, muestran así el empleo de la misma para combatir el perjurio, al confirmar el juramento realizado por los testigos de sus declaraciones. Es necesario recalcar que los más antiguos pro-

746. Vid. supra n. 745.

747. Del texto parece poder deducirse que esta prueba se utilizaba ya entre los villanos del monarca; esta prueba parece ser propia de siervos y perjuros, según BRUNNER *DRG* II 528 n. 95; 550.

748. Vid. supra p. 80 ss.

749. Vid. supra p. 80 ss.

cesos de la parte occidental de la península, en los que se emplea esta nueva práctica —la ordalía del agua hirviente—, muestran, al mismo tiempo, los trazos típicos del proceso visigodo; las partes aportan sus pruebas y los jueces deciden cuáles deben ser preferidas; así se explica que, elegida la declaración de los testigos de una de las partes, estos tengan que jurar posteriormente su declaración, y, a continuación, interviene un inocente, que se someterá a la ordalía del agua hirviente⁷⁵⁰. Así ocurre —en algunos casos con dudas— en los documentos de los años siguientes: 912, 927, 946, 953, 973, 987 (?), 1002, 1024 y, todavía, quizá en 1124⁷⁵¹.

Los primeros y más antiguos testimonios que hemos podido manejar se mueven, así, dentro de este planteamiento: el juez,

750. Esta forma de actuar se manifiesta en la mayoría de los procesos que hemos podido manejar, mencionados supra n. 395.

751. Vid. supra n. 395 y n. 658. En los procesos del 946 y del 973, la otra parte no acepta la realización de la prueba y afirma, respectivamente, «et iura et pena illis dimitto» y «et dimitio eis iuramento et pena caldaria», con lo que parece que se alude de forma exclusiva a los testigos, al no mencionarse al inocente; sin embargo, la comparación con los otros documentos hace pensar en la presencia de éste, que, en caso de sufrir la prueba, confirmaría el juramento de los testigos; cf. el documento del 927, donde se renuncia igualmente a la prueba, pero se menciona al inocente «et tornaui fideles et nocente de penna caldaria»; el término «nocente» podría dar lugar a dudas, pero en otra ocasión, en el 953, el documento habla repetidamente del «innocens», pero en una ocasión reza «qui ipsum nocente limpidum uiderunt». Cf. 1007 y 1025. El documento del 1024 parece desconocer la presencia del inocente, al decir «iuratori sumus Froila et Xabe et Ovecco per sacra sacramento et eciam per caldarie ignem, per manu saion Abolkacem». Esta situación se ve claramente en 1064, donde se ha dado ya un paso adelante, pues ha desaparecido el inocente, siendo una de las partes, elegida por el juez, quien se somete a la prueba; para el testimonio del 1124 valen las mismas afirmaciones que para los testimonios del 946 y del 973, pero dada su fecha, quizá deba aproximarse al testimonio del 1064; en este proceso del 1124, sin embargo, la prueba se realiza: «et iurauerunt et miserunt calda et exiuit sana per ipsos uicarios», pero estos «uicarios» parece que deben identificarse con los testigos: «cum testibus suis, Xemena Fernandiz, Gontrodo Manelliz, Maria Oeuquiz, et cum isto, calda. Et parauit se Munio Cidiz cum testibus suis, Pelagio Conde suo genero, Petro Petriz, Martino Pelaiz, et sua calda». ¿Con «et sua calda» se quiere distinguir a una persona de los testigos? La afirmación del documento de 1022, «Damus ad uobis iusa terra pro abemus iudicio con Aita Cidici et erepimus uobis de illa calda» quizá permita pensar en la intervención de un inocente.

tras valorar la prueba aportada por cada una de las partes, elige aquella que debe ser jurada, y este juramento podía ser sometido a la correspondiente ordalía. Y éste «podía ser» tiene una intención muy clara: señalar que no todos los procesos antiguos se resuelven mediante el recurso a las ordalias y que no siempre las declaraciones de los testigos tienen que ser confirmadas por medio de juramentos y ordalias⁷⁵², hecho tanto más comprensible cuanto el empleo de la ordalía constituye una novedad.

Al lado de procesos, en los que la decisión llega a través de las pruebas de testigos y documentos, así como por medio de la pesquisa, puede señalarse, como sintomático, lo sucedido en la zona de la Rioja, donde aparece testimoniada, desde antiguo, la ordalía del agua hirviente. El testimonio que vamos a aportar parece demostrar que la aparición de la ordalía supone una nueva práctica, que se logra extender de forma más o menos amplia y de forma más o menos rápida. En el año 940 se realizó un pleito entre Sancho Gómez y Nuño Gómez contra el abad del monasterio de San Millán de la Cogolla, sobre el aprovechamiento del agua de un molino; tras señalarse que la prueba de las afirmaciones de los mencionados Sancho Gómez y Nuño Gómez vino determinada por el *Liber* y consistía en la presentación de doce testigos y tres fiadores, el documento parece insinuar, pese a su brevedad, que la solución no satisfizo por completo al monasterio, que se dirigió de nuevo a los jueces, quienes declararon que el testimonio de los doce testigos y el juramento de los tres fiadores era suficiente, por lo que no debía recurrirse a la prueba caldaria⁷⁵³. Dentro de este

752. Vid. los testimonios reunidos por SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Homines* cit. I 383 n. 38. Para Cataluña, vid. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 166 ss. Pueden citarse otros testimonios, en los que se recogen procesos terminados por medios distintos a las ordalias: MARTÍN DUQUE, *Obarra* 82 (c. 1019?) 73-74; juramento; LACARRA, *Irache* I 82 (11-XII-(1103)) 104-106=UBIETO, *Pedro I*, 134 (10-XII-1103) 399-401; LACARRA, *Irache* I 119 (VII-1133) 140-141: testigos; 123 (1122-1131) 143 ss.: juramento; 201 (1181) 219; 215 (17-IV-1193) 231; 221 (18-XI-1195) 237: juramento; UBIETO, *Pedro I*, 78 (1099) 319-320; 119 (1102) 379-380: juramento que no llega a prestarse por miedo al perjurio=146 (1094-1104) 413-414.

753. UBIETO, *San Millán* 27 (940) 43-44; dice en la parte final: «Et iudicaverunt ita ubi XII testimonias testificaron et III fidiatores iuraverunt nulla calda fiat, nec ullum alium iudicium nisi prior iudicium sit firmi».

clima se comprende, que, en este mismo cartulario, se recojan ya testimonios del siglo X, aunque quizá deban retrasarse a los primeros años del siglo XI, de que la prueba caldaria no era utilizada en determinados lugares ⁷⁵⁴.

Este empleo de las ordalías se mueve dentro de los límites del proceso visigodo; al juramento debe acompañar ahora, sin embargo, la ordalía, al menos en algunos lugares y en determinados casos.

Las fuentes testimonian también un empleo diferente de las ordalías, donde las mismas se convierten en el elemento fundamental del trámite probatorio; su empleo no es complementario de las pruebas de los hombres, es decir, su empleo no sirve para confirmar las pruebas de los hombres y evitar así el perjurio, ni sirve para substituir la falta de las pruebas de los hombres, sino que es un empleo, arbitrario en los primeros momentos, que supone el rechazo de las pruebas que los hombres pueden aportar; esto ocurre cuando las partes —o una de ellas— se niegan a aceptar documentos, testigos y pesquisas y ponen la verdad de sus afirmaciones en una prueba ordalíaca. Este nuevo empleo no queda vinculado a la prestación del juramento expurgatorio del sospechoso, ni a la confirmación de las declaraciones de los testigos elegidos por el juez, sino que permite que ambas partes puedan probar sus afirmaciones mediante el recurso a una ordalía doble: el vencedor de la misma, prueba su afirmación. La existencia de afirmaciones contrapuestas exige recurrir a una ordalía bilateral y, tras la breve aparición de la ordalía del agua fría en Cataluña, va a triunfar el duelo, que no sólo pueden emplearse en el campo de lo que podríamos llamar pleitos civiles, sino también en el campo de los pleitos criminales, introduciendo quizá una mayor equitatividad, desde el momento en que el sospechoso puede debender su inocencia contra su acusador y el testigo puede defender la verdad de su testimonio, frente a quien niega la misma, cuando con el tiempo se extendió el empleo del duelo. Esto explica, igualmente, un cambio en el empleo de la ordalía del agua hirviente, que quizá está también en la base de su desaparición: los testigos no tienen que confirmar sus declaraciones con la intervención de un inocente, que soportará la prueba ordalíaca, sino que están obligados única-

754. Vid. *supra* n. 400 y 402.

mente a defenderse del riepto de quien niega la verdad de sus afirmaciones ⁷⁵⁵.

Hemos dicho que se trata de una nueva práctica, tardía con respecto a las anteriores, y que rompe definitivamente con la tradición del proceso visigodo, ya que supone la negación de todo trámite probatorio, substituido por el recurso a las ordalías. El primer intento de introducir el duelo en Cataluña, acaecido en 1019, responde fielmente a estas afirmaciones; una de las partes se niega a someterse al *Liber*, y pretende defender su derecho acudiendo al duelo; si no logra triunfar en sus propósitos se debe a que la otra parte, la condesa Ermesinda, defensora del orden tradicional —en este caso, del orden jurídico— frente a la feudalización creciente ⁷⁵⁶, se niega, afirmando que el *Liber* no regula el duelo ⁷⁵⁷.

Es la misma situación que se refleja en 1037, cuando una de las partes se niega a someterse al *Liber*, afirmando que únicamente aceptará el resultado de la ordalía del agua fría ⁷⁵⁸. Aquí la prueba ordalíaca se llega a realizar, ya que, tanto los jueces como la otra parte, prefieren acatar esta solución, que no quedar sometidos a las arbitrariedades de quien propone acudir a la mencionada ordalía del agua fría; estamos ya en la crisis del poder judicial ⁷⁵⁹.

¿Podríamos extender esta misma explicación a los reinos occidentales de la península? Para quienes defienden la no aplicación del *Liber*, durante y tras la desaparición de la monarquía visigoda, tal posibilidad debe quedar excluida, pero es muy posible que tales presupuestos deban ser revisados. Nos parece que la aplicación del *Liber* durante la monarquía visigoda es una hipótesis, que debe mantenerse y reafirmarse, pero nos parece, igualmente, que la desaparición de la monarquía visigoda no supuso la desaparición del *Liber*. Abandonado sin embargo a su suerte, es evidente que su fortuna no podía ser idéntica en todos los territorios. La desaparición del poder político en la zona occidental de la península acelera la crisis del *Liber*, dentro del esquema que hemos trazado en otra

755. Vid. supra 212 ss. y 220 s.

756. BONNASSIE II 635.

757. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 196.

758. Vid. supra p. 112 ss. 172.

759. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 211 ss.; 263 ss.

ocasión para Cataluña. Baste recoger aquí una opinión tan poco sospechosa como puede ser la de Sánchez Albornoz, quien, al publicar una colección de documentos procesales, afirma: «Bastan los textos reunidos para mostrar cómo perduraron en el reino astur-leonés durante el siglo X, las dos tradiciones procesales romana y germánica; la primera muy viva aún en la legislación hispanogoda y la segunda sin duda conservada en los Campos Góticos donde los godos habían colonizado en masas cerradas. No podía el procedimiento judicial librarse de esa dicotomía... Más de una vez el litigio se resuelve mediante la presentación de testigos que juran la realidad de los hechos, a veces se vincula la alegación documental con la prueba testifical jurada y no dejan de asomar las ordalías, la del agua caliente y del juramento expurgatorio»⁷⁶⁰. Sin entrar ahora a analizar todas estas afirmaciones, es suficiente resaltar la perduración del proceso visigodo del *Liber* y señalar que, también en Asturias y León, la aparición del empleo de las ordalías es tardía. La utilización de la ordalía del agua caliente no puede remontarse más allá del 912, tras el descubrimiento de la tumba del apóstol.

De la misma manera que el proceso catalán, el perjurio y la crisis política afectará necesariamente al proceso astur-leonés. Como simple indicio, podemos recordar aquí un pleito de 1075, celebrado en Oviedo, en presencia del rey Alfonso VI, donde los jueces nombrados por el monarca, piden a las partes que les presenten sus documentos, «et illis uisis darent iudicium». Tras examinar la documentación de una de las partes, las juzgaron falsas, mientras juzgaron auténticas las presentadas por las otras partes, por lo que examinadas las mismas, juzgaron «sicut scriptum est in libro Iudico». Pero esta forma de juzgar aparece modificada, ya que los jueces juzgaron «ut duo clerici Ouetensis ecclesie iurassent cum suo testamento»⁷⁶¹. Y este mismo sistema se utiliza para resolver una cuestión paralela, referente al objeto en litigio en el pleito mencionado, en 1083⁷⁶². Para garantizar la prueba escrita, era necesario el juramento. Este mismo sistema se había utilizado en

760. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Documentos* cit. 144.

761. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 74 (1075) 222-225.

762. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 87 (13-VIII-1083) 252-256.

otro proceso, del 1056, donde el juez había pedido a las partes que le presentase «testamentu cum testibus ex utrisque partibus et illis uisis daret iudicium». Mientras una de las partes sólo tenía testigos, la otra se presentó con la documentación y los testigos. Pero también aquí, la documentación debía ser confirmada por el juramento⁷⁶³. En todos estos casos, es digno de señalar que la otra parte se declara vencida, y no permite que se preste el juramento, para evitar tener que pagar las penas establecidas en los documentos, pues, como se dice, por ejemplo en 1083, el juez, al establecer que los documentos debían ser confirmados por juramento, había añadido que «et peracto iuramento» la otra parte, ahora vencida, «persoluissent illas calumpnias sicut scripte sunt in prefato testamento siue et donatione»⁷⁶⁴. La desconfianza ante la prueba escrita, había llevado a recurrir a medios de confirmarla, alterando así los principios del *Liber*, que se seguía invocando sin embargo.

Esta situación inestable, que afectaba a la aplicación práctica del *Liber*, encuentra un testimonio claro en un proceso, en el cual una de las partes es el propio monarca, pues manifiesta que, en muchos casos, el medio probatorio utilizado era el resultado de un acuerdo de las partes, ante la imposibilidad de los jueces de imponer su voluntad. En el pleito entre los infanzones del concejo de Langreo y Alfonso VI, este quiso probar su afirmación dando «unm militem armatum in medio campo uni illorum sibi contradicendum quem ipsi inter se elegissent ad discutiendum inter utrosque ueritatem». Pero los infanzones rechazaron esta propuesta, pidiendo que las afirmaciones no fuesen discutidas «per pugnam nec per librum iudicum per quem querebat accipere iudicium, sed per ueridicos exquisitores»⁷⁶⁵. No sólo no gustaba el recurso al duelo, sino tampoco el recurso al *Liber*.

Este malestar ante el duelo, en este caso de bastones, se vuelve a mostrar en 1093, cuando ambas partes acuden al juicio del monarca, quien decide que se celebre un duelo con *bastonarii*; aceptado el juicio por las partes, no llegan a cabo el duelo y establecen

763. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 58 (28-VI-1056) 183-185.

764. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 87 (13-VIII-1083) 254-255.

765. GARCÍA LARRAGUETA, *Oviedo* 73 (27-III-1075) 219-221.

una conveniencia entre ellos ⁷⁶⁶. Todavía en 1137, en un pleito entre el monasterio de Ramiranes y Alvaro Rubeo, éste con sus compañeros se armó y se dirigió al representante del monasterio, para decirle: «des hominem et pugnet mecum coram isto populo et si vincero illum erit mons noster et si ipse vincerit, me erit vester»; pero tal acuerdo no debió satisfacer al monasterio, ya que acudieron primero a Pelayo Curvo y, ante la negativa de éste a sentenciar, se presentaron al emperador ⁷⁶⁷. Quizá sea, como se dice en un documento navarro del 1120, cuando las partes estaban ya prestos a combatir y la intervención de diversas personalidades les indujo a ponerse de acuerdo sin combatir, que «varius enim est euentus bellorum» ⁷⁶⁸. Como recordará el arzobispo Rada, en el siglo XIII, el duelo no es derecho ⁷⁶⁹.

No se trata de negar el empleo del duelo —y de otras ordalías—, sino de destacar que, quizá, en la práctica, no gozase de todos los favores. Hay procesos en los que las ordalías establecidas no llegan a realizarse, por renuncia de cualquiera de las dos partes ⁷⁷⁰, pero también hay procesos en los que se llevan a cabo las ordalías establecidas ⁷⁷¹. Finalmente pueden citarse procesos, que terminan sin necesidad de recurrir a las ordalías ⁷⁷².

Es posible que determinados grupos sociales tengan interés en imponer tales pruebas ordalíacas. Bonnassie incluso ha afirmado que la Iglesia impulsó las prácticas ordalíacas, a fin de acrecentar sus riquezas ⁷⁷³, afirmación que, sin embargo, no nos parece probada. Esta posibilidad mostraría que el recurso a la ordalía no debía ser bien aceptado, si tenía que ser impuesto.

Dejando a un lado este problema, que sólo podría resolverse, al menos de forma aproximada, mediante el examen de las distintas formas de terminarse los procesos, es suficiente señalar que, a partir del siglo XI y durante quizá el siglo XII, el empleo de las ordalías

766. PRIETO, *Documentos* II 36 (4-I-1093) 530.

767. DURO PEÑA, *Ramiranes* 2 (26-VI-1137) 59-60.

768. LACARRA, *Irache* 105 (1120) 128=RODRÍGUEZ DE LAMA, *Rioja* II 60 (1121) 116-117.

769. Vid. supra n. 349.

770. Vid. supra n. 395, testimonios del 927, 946 y 973, entre otros.

771. Vid. supra n. 395, testimonios del 912, 953, 987 (?), entre otros.

772. Vid. supra n. 752.

773. BONNASSIE I 202.

—al menos del duelo— alcanzó su mayor auge, al convertirse en un medio de resolver las cuestiones judiciales; las afirmaciones de las partes se comprobaban mediante la celebración de una ordalía, sin necesidad de acudir a prueba documental o testifical. Es necesario recalcar este punto, ya que ahora la ordalía se convierte en un medio de prueba fundamental, y no subsidiario. Como hemos indicado, la ordalía no se presta, necesariamente, para confirmar el juramento del acusado o garantizar el juramento de los testigos, sino que se puede emplear, además, como el único medio de prueba para resolver los conflictos de intereses. Mayor auge por su empleo más extenso, pero que no quiere decir, sin embargo, mayor frecuencia en su empleo, es decir, un empleo normal en los procesos ⁷⁷⁴.

Un recuerdo de esta situación se conserva en el fuero de Jaca, al señalar que, si el demandante ha prometido dar testimonios, si después no alcanza a hacerlo, no puede obligar a la otra parte, que niega, a prestar juramento o a realizar batalla; si no ha prometido, sin embargo, dar testigos, entonces sí puede obligar a la otra parte a someterse a la decisión del pleito por medio de batalla ⁷⁷⁵.

Se trata de un recuerdo, sin embargo. La regulación del duelo y, casi siempre, a su lado de la ordalía del hierro candente se recoge en los fueros extensos y en las redacciones de derecho regio en la Baja Edad Media, aunque con diverso alcance ⁷⁷⁶, pero su regulación ofrece, como es natural, las correspondientes diferencias. No es este el momento de detenernos a examinar esta regulación, pero podemos señalar unos trazos generales. El empleo de las ordalías se limita, volvemos a repetir de forma general, a la expurgación del sospechoso y al riepto del testigo, siempre y cuando incorporemos a los sospechosos a la mujer que prueba el hijo habido fuera del matrimonio por medio de la ordalía.

774. Cf. IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* cit. 267 ss.; la crisis del poder judicial hace que los conflictos se resuelvan mediante el acuerdo entre las partes, ante la presencia de hombres buenos; por este camino puede recurrirse más fácilmente a las ordalías.

775. *F. Jaca A 39=F. Jaca S 256*; si la cosa es de un determinado valor; para determinar el valor, cf. *F. Jaca A 72=Cf. F. Jaca S 279 (=326)*.

776. Vid. *supra* p. 131 ss.

En el Fuero General de Navarra, la ordalía de las candelas está «prevista normalmente para dilucidar la inocencia o culpabilidad del acusado por un delito de hurto»; la del hierro candente, «para probar la paternidad natural, y en algún caso es impuesta por el juez al villano que discute con el señor el pago total de la renta de la tierra», mientras no se conoce en qué supuestos se utilizaba la ordalía del agua hirviente⁷⁷⁷.

En cuanto al duelo judicial, en Navarra se recurre al mismo «cuando el delito de hurto no puede ser probado por el acusador, o cuando el pleito entablado entre varias villas no puede ser resuelto por pesquisa o por otras *pruebas de fide digna*», mientras en Aragón se utiliza «en aquellos casos en los que determinadas formas del delito de traición no pueden probarse por testigos suficientes y, de forma semejante, en los delitos de lesiones cometidos en despoblado o con la agravante de nocturnidad; en cambio, se la prohíbe cuando estos delitos son cometidos en lugares públicos. De otra parte, al parecer, en Aragón el combate judicial tiene lugar, a falta de testigos, cuando el objeto del litigio goza de cierta importancia»⁷⁷⁸.

En el campo municipal, por otro lado, «en general, el riepto se emplea como medio de prueba en el procedimiento por falso testimonio y en algunos procedimientos por delitos de colonia»⁷⁷⁹. «En todos los textos citados, que describen los casos en que se emplea el riepto y revelan sus modalidades, se establece el principio de que se utiliza como medio de demostrar el acusado su inocencia solamente cuando no se le puede probar la comisión del hecho imputado»⁷⁸⁰.

La ordalía es el último recurso al que se puede acudir, cuando no existen pruebas o cuando se duda de la veracidad del juramento del testigo. Un empleo, por tanto, muy restringido, que se verá todavía más limitado por las prohibiciones eclesiásticas.

Barcelona, 4 de marzo de 1979.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

777. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 43-44; para *F. Novenera* vid. supra n. 474; para *F. Viguera* vid. supra n. 473; para *F. Tudela* vid. supra n. 472.

778. MARTÍNEZ GIJÓN, *La prueba* cit. 46-47; para el empleo del duelo con bastones en el siglo XIV en Navarra, vid. HELFFERICH, *Entstehung* cit. 406-407.

779. OTERO VARELA, *el riepto de los* cit. 160, 162.

780. OTERO VARELA, *El riepto de los* cit. 162-163.