

# **II. Departamento de Derecho Privado**

## **1. Historia del Derecho y de las Instituciones**

### **CONCEPTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (1947)**

Por el Dr. D. Rafael GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA

Catedrático de Universidad.

#### *S U M A R I O*

- VI. ELEMENTOS FORMATIVOS DEL DERECHO ESPAÑOL
  - 28. La historia del derecho español y sus etapas
  - 29. El elemento primitivo
  - 30. Continuidad occidental del derecho romano
  - 31. Recepción romanista medieval
  - 32. La germanística
  - 33. Continuidad medieval romano-germánica
  - 34. El elemento canónico
  - 35. El elemento feudal
  - 36. Los elementos musulmán y judío



## VI

### ELEMENTOS FORMATIVOS DEL DERECHO ESPAÑOL\*

28. La historia del derecho español no revela el desarrollo independiente de un sistema primitivo, en el curso del cual se incorpore elementos extraños, sino que éstos intervienen de un modo tan decisivo que llegan a dibujar la fisonomía de cada una de sus etapas, o quizá más exactamente, dentro de las mismas, determinadas ramas del ordenamiento jurídico. En la Península se produce una superposición de culturas jurídicas diversas, cuya peculiar índole debe tenerse en cuenta aunque no interesa directamente el estudio de las mismas en su aislamiento, sino en cuanto han contribuido a configurar el derecho español. Ha de precisarse en estas

---

\* Al publicar los sucesivos capítulos de esta memoria de Cátedra (en este *Anuario*, 4, 1986, 304-344, y 5, 1987, 354-388) repito que se trata de un texto copiado, con añadidos y supresiones, en 1964, de la segunda redacción, 1949, hoy perdida. Al revisarla ahora sólo tengo a la vista una copia de la primera, 1947, que es también la que se guarda en el expediente de las Oposiciones a las cátedras de Granada y La Laguna, el mismo 49, en el Archivo de la Administración Pública, de Alcalá de Henares. En algunos casos he restituido en nota elementos de la redacción primitiva; solicito indulgencia al lector por este cuidado que prodigo a una obra merecedora del olvido, pero que tiene el significado de haber sido el momento inicial y el fundamento de una cátedra servida durante cuarenta años y haber recogido algunas variaciones determinadas por ese curso. En aquel ejemplar de 1949 el autor había ido ingiriendo notas y observaciones de lecturas, con vistas a una reelaboración que no llegó, que he procurado recuperar de los papeles sueltos destinados al naufragio final. Simplemente las fechas indican que se trata de adiciones ulteriores, que hubieran obligado a plantear de nuevo las cuestiones. Innecesario es decir que no todas las obras aquí citadas han sido efectivamente consultadas; no se añaden por aparentar un saber que ya no me hace falta, sino porque pueden servir de información al lector eventual de estas amarillentas páginas.

culturas su origen y su desarrollo histórico, el orden en que ejercen su influencia y la medida de ésta. Los mismos ingredientes han intervenido en la formación de otros derechos nacionales, o del derecho en las naciones europeas que surgen sobre el solar del Imperio romano sometido a la dominación germánica, o sobre territorios germánicos que experimentaron una tardía o indirecta romanización; todo esto explica el íntimo parentesco que los enlaza y también el predominio relativo del elemento romano y del elemento germánico en su constitución <sup>174</sup>. Aquí se comprueba que la historia es una ciencia de lo particular y de lo que no se repite, pues no obstante la identidad de los elementos formativos, el desarrollo del derecho en los diferentes pueblos tiene caracteres propios. El simple juego de los elementos formativos, en un plano abstracto, sin referencia al sistema de fuentes en que se revelan, sería insuficiente.

Salvioli previno ya contra el abuso de expresiones como «elemento romano» y «elemento germánico», muchas veces tan desprovistas de contenido real como «conciencia del pueblo», «genio de la raza», «evolución», que nada explican a fuerza de querer explicarlo todo <sup>175</sup>. Y más recién-

---

174 UREÑA, *Historia de la Literatura Jurídica Española* I-II, Madrid 1906, pp. 283-359; F. VALLS TABERNER, «Els elements fundamentals del dret catalá antic», en sus *Estudios histórico-jurídicos*, Obras Selectas, CSIC, Madrid-Barcelona 1954, pp. 23-36.

El tratamiento que he dado al tópico tradicional (para mí formulado del modo más perfecto por el *Curso* de don Galo, ed. de 1932, pp. 7-9) en mi libro *Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Canónico*, Granada 1932, 2.<sup>a</sup> ed. con un prólogo del Notario de Pamplona don Juan García Granero, Madrid 1982, se reduce a exponer el resultado del manejo, directo o indirecto, y de la lectura, parcial en todo caso, de los libros jurídicos de aquella procedencia. Al reseñar la segunda edición (en la revista *Ius Canonicum*, n. 45, vol. XXIII, Pamplona 1983, 468-469), don Alvaro d'Ors observó acerca de los Tres Elementos: «En realidad, se trata del romano, porque los elementos germánicos son como accidentales adherencias, algo así como las algas que penden desordenadamente del cuerpo de quien emerge de una inmersión submarina; y el canónico, en la medida que es derecho y no pura organización de la Iglesia, también ella, por lo demás, muy romana, es una parcial versión sacra del pagano derecho romano».

175 No localizo ahora la cita de SALVIOLI, seguramente, en su *Storia del diritto italiano*, muy manejada entonces y hoy inaccesible para mí. Sobre Salvioli, la reseña de TORRES LÓPEZ, en AHDE IV (1927) 483-489, con referencia a su utilización de los elementos formativos, romano, canónico y germánico (con distinción de lo «puramente germánico, longobardo y franco-carolingio»), cuya exclusividad niega el crítico: «concebiríamos como bien posibles evolu-

temente Calasso se pone también fundamentalmente contra el término y la noción de elemento formativo.

Según la concepción tradicional, los dos elementos que han intervenido en la formación de los derechos europeos son el romano y el germánico. Aun sin admitir la radical teoría de R. Sohm, según la cual sólo dos derechos cuentan en la historia de las concepciones jurídicas occidentales: el derecho romano, de donde derivan el longobardo y el canónico, y el franco-salio, de donde el inglés, el alemán y el consuetudinario francés <sup>176</sup>; es lo cierto que en torno a la perduración del derecho romano y a la persistencia de las concepciones germánicas giran casi todas las cuestiones de la historia jurídica europea <sup>177</sup>.

---

ciones paralelas y mutuas influencias» (p. 496). En su preliminar al libro de SALVIOLI, *El derecho civil y el proletariado* (Universidad de Sevilla, 1979), B. CLAVERO examina el substrato político juvenil en la obra histórico-jurídica del autor. La madurez de Salvioli está representada en su estudio sobre «Las doctrinas económicas en la escolástica del siglo XIII», en AHDE III (1926) 31-68. CALASSO, ob. cit., supra en nota 169.

176 Cfr. reseña de OTS CAPDEQUI a OLIVIER-MARTIN, en AHDE III (1926) p. 520, y Rudolph SOHM, «Frankisches Recht und römisches Recht. Prolegomena zur Rechtsgeschichte», en *SZ Germ.* I (1880). Mi «Derecho municipal de León y Castilla», en AHDE 31 (1961) pp. 719-720, nota, y «Fuero de Francos en Hispania Medieval», en RFDM XVII, 48 (1973) 473-484. Esta línea del franquismo, preconizada por Alvaro d'Ors es la más clara y segura dentro del germanismo; cfr. su *Código de Eurico* (1960) p. 11. Para mejor apreciar la oposición entre romanistas y germanistas, se aconsejaba comparar: FUSTEL DE COULANGE, *Histoire des institutions de l'ancienne France* (1830-1889), y R. SOHM, *Die frankische Reichs- und Gerichtsverfassung* (1871), fuertemente influido por el derecho político de la época de Bismarck, según Heinrich MITTEIS, *DRGeschichte*, 1949, p. 33. Sobre este dominio de las ideas actuales sobre el historiador, y especialmente la idea del Estado, Alvaro d'Ors recomienda la lectura del libro de E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Barlin 1961, y sintetiza su águda innovación, que se produce en la órbita del pensamiento de Carl Schmitt, y parece haber sido superada por el historiador Otto Brunner, al examinar el poder de la nobleza, no como algo de índole privada, aunque tampoco estatal, y conseguir con ello una más real percepción de la sociedad antigua y su derecho. Cfr. Otto BRUNNER, *Adeliges Landleben und Europäischer Geist*, Salzburg, O. Müller, 1949.

177 Es inexcusable la referencia a estos elementos porque, romana o germánica, la Historia del Derecho Español está vinculada a una tradición jurídica. Como advertía FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*, Facultad de Derecho, Barcelona 1918, p. 7: «Ya desde un principio se hace inverosímil suponer que esto no sea

Más que la fusión del derecho romano vulgar y el consuetudinario visigótico, dando lugar a un producto neto y genuinamente español, es probable la coexistencia de diferentes tradiciones jurídicas que se des-

---

sino producto de una creación espontánea ulterior, pero además adquiere cierto fundamento la hipótesis de que se trata de una supervivencia de derecho germánico antiguo, si se tiene en cuenta que la disposición original... Y coincide con eso lo que dice el derecho noruego posterior... Claro que un caso aislado poco demostraría. Pero estos casos se repiten más y más. Y no se trata ya de meras particularidades. Instituciones enteras que en la Lex presentan ya un carácter romano y eclesiástico, vuelven a presentar posteriormente carácter netamente germánico».

En 1947: Mas, como se ha indicado, es preferible abordar el estudio de estos elementos con un criterio histórico y dentro de los límites nacionales. (En *Elementos formativos*, 1975, el autor se ha inclinado más bien a estudiar esos elementos fuera de los límites nacionales, 6. VIII. 82). En este terreno entendemos que no puede aclarar nada el fundarse en presunciones históricas y prehistóricas, acerca de los pueblos que por haber formado nuestra nacionalidad o haber tenido contactos con ella, inducen a suponer que hayan dejado huellas en nuestro Derecho. Así, la alusión a arios y semitas; a celtas, griegos, romanos, suevos, cananeos, sidonios, tirios, etc., es del todo contraproducente (sin embargo, el autor, en *Elementos formativos*, inducido por Jhering, se ha ocupado del derecho ario).

El propósito de descubrir un derecho común europeo, anterior al romano y al germánico, persistente en el campo de las relaciones familiares y sucesorias de los más diversos y separados pueblos, fue el objeto de una serie de trabajos de E. M. Meijers (cfr. AHDE XXV, 1955, 995-996), reseñada en alguna de sus publicaciones por OTS CAPDEQUI, en AHDE VII (1930 517-518: «En el primitivo derecho ligur encuentra el profesor Meijers el origen remoto y oscuro de estas instituciones medievales que se desenvuelven con rasgos comunes en países no unidos entre sí por vínculos políticos ni económicos. ... Un sistema sucesorio rígido, dogmático, que tiene sus raíces en la organización familiar y esto explica su persistencia frente a los derechos de otros pueblos vencedores». El autor incluía el derecho del País Vasco. Reseña del libro referente a los Países Bajos y Noroeste de Francia, por N. J. de Castro, en AHDE IX (1932) 444-450. Sobre el fondo consuetudinario persistente en territorio de derecho escrito versa la tesis doctoral de Jacques POUMARÈDE, *Les successions dans le Sud-Ouest de la France au Moyen-Age*. Prefacio de Paul OURLIAC, Espic, Toulouse 1972. «El arcaísmo de las costumbres pirenaicas las opone a todos los demás derechos occidentales y está ligada a una estructura social» que se forma en torno a la familia troncal. «El derecho, especialmente para la familia y las sucesiones, no es el producto del azar, sino una necesidad que viene de la naturaleza de las cosas; es, como el lenguaje, un hecho social que expresa a la vez las tradiciones y las necesidades sociales de un grupo humano y las influencias que ha sufrido» (Ourliac). El autor concluye que «las costumbres son la reliquia de un derecho anterior a la conquista romana». Y se refiere al texto de Estrabón sobre los Cántabros, al enigma del Vascuence y de nuevo al mito del imperio ligur (pp. 328-334).

arrollan, entrecruzan, predominan alternativamente, caracterizan a unos u otros territorios y localidades, pero conservan siempre su carácter propio <sup>178</sup>.

El problema de los elementos formativos se ha centrado sobre todo en los orígenes. Hay otro aspecto, que es la participación en una cultura jurídica común, como es la del derecho marítimo, a la que se aplica ya de antiguo la noción de regiones marítimas, y mientras en España las ciudades del mediterráneo aparecen integradas en este derecho marítimo, en Castilla se registra la admisión del texto de los Roles d'Oleron (Leyes de Layron) <sup>179</sup>. En la Edad Moderna se observa la influencia decisiva del

---

178 La noción de tradición jurídica, ya indicada en la nota 157 del presente estudio, fue desarrollada por el autor en una serie de disertaciones, durante el curso de verano de la Universidad de Compostela, el año 1950; su introducción, ya publicada en la revista *Arbor* (Madrid, CSIC) n. 150 (junio de 1958) comprendía también la tradición romana; iba seguida de II. «Tradición primitiva y popular»; III. «Tradición estatal y autoritaria»; IV. «Tradición cristiana», y V. «Tradición científica», publicada ésta en la revista *Atlántica* (Madrid) 15 (1965) 223-237; como se ve, en torno a una tradición romana central y obvia, de acuerdo con lo formulado por el *Curso* de don Galo: «De Roma recibe la península su primera organización normal» (p. 30; es decir, el Derecho) y añade: «la romanización dejó subsistir, por lo general, el derecho que hemos calificado de primitivo» (ibérico, etc.) (ed. de 1932, p. 31).

179 Galo SÁNCHEZ, *Curso*, ed. 1932, p. 170: «Tres zonas deben tenerse en cuenta al describir las fuentes del derecho marítimo en la Europa medieval: neolatina (mediterránea), latino-germánica (derecho francés y holandés) y germánica». La primera estructura del *Curso*, colocando en primer término, en la Edad Media, a Cataluña (cfr. «El *Curso* de don Galo», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 13, 1984, 641-650), permitía esta mención general, no limitada a aquel territorio, incluido en la zona mediterránea, naturalmente; en cambio, la mención de los franceses *Roles d'Oleron*, figuraba más adelante, entre las fuentes de las Partidas, de León y Castilla, territorio periférico español, si el centro es Roma (cfr. ejemplar de hacia 1925, pp. 116 y 159). En el derecho marítimo se revela del todo la insuficiencia de una concepción nacional de la historia del derecho, ya en el cultivo tradicional de esta disciplina. Cfr. la obra de J. M. PARDESSUS, *Collection de Lois Maritimes antérieures au XVIII<sup>e</sup> siècle*, t. I, París 1828. La obra, emprendida por instigación del rey Carlos X, a quien está dedicada, tenía por objeto «recoger las leyes marítimas de todos los pueblos». Cada texto legal va precedido de un estudio. En el vol. II, 1831, el Libro del Consulado de Mar. En la introducción de los tres primeros volúmenes continúa un «Cuadro histórico del comercio anterior al descubrimiento de América». En el t. V, 1839, pp. 321-554, las fuentes marítimas de Cataluña, Aragón, Valencia y Mallorca. En el t. VI y último, 1845, las Ordenanzas castellanas de Burgos, Sevilla y Bilbao, 1560. La obra ha

derecho francés, en oposición a la tradición jurídica nacional<sup>180</sup>. El historiador debe observar la influencia francesa como la romanista, también extraña a la tradición nacional, y por otra parte obediente a una continuidad. Identificar la esencia nacional con un momento determinado de su historia es la forma extrema de la concepción nacional de la historia<sup>180bis</sup>.

## ESCOLIO: MÉTODO COMPARADO E HISTORIA DEL DERECHO

1. *Contra la delimitación nacional, las tradiciones.* La delimitación nacional de la historia del derecho ha sido la causa principal de que la cuestión del derecho comparado se interfiera constantemente en nuestra disciplina. Puede eliminarse la inquietud que la comparación encierra

---

sido reproducida por Bottega d'ERASMO, Turín 1960. P. J. A. CLAVAREAU, «Les sources du droit maritime du moyen âge» (Essai de bibliographie raisonnée, en TRG 18 [1950] 385 ss. Ruggiero ROMANO, «L'édition critique des textes relatifs au droit de la mer: pour un programme de travail», en RHDDE 40 (1962) 65-72; rapport al Congreso de Ciencias Históricas de Estocolmo, 1960). A. IGLESIA FERREIRÓS, «Libro do Consulado da Mar», en AHDE 56 (1986) 219-466. A la VIª Semana de HDE, Madrid, Abril 1983, el notario de Barcelona, don Luis FIGA FAURA envió una extensa comunicación sobre el «Origen del derecho mercantil», de sólida argumentación e innovadora. Ignorante de que haya sido publicada, me permito reproducir al final, como apéndice, el resumen que redacté para la exposición oral.

180 De nuevo es Galo SÁNCHEZ, *Curso*, quien ha indicado el tema de los Elementos como una constante que supera los límites originarios y medievales: «Durante la Edad Moderna, nuevos influjos se hacen sentir, procedentes de Francia y de otras naciones europeas, que se manifiestan sobre todo en el período llamado constitucional, según detallaremos en su lugar oportuno» (p. 9). Efectivamente, en la, al parecer olvidada (cuando se preconiza atención hacia el próximo o más lejano siglo XIX; nuestro presente, con renovados y florecientes derechos territoriales y aun locales, más cerca está del Antiguo Derecho de los siglos XI a XVII), sección VII.<sup>a</sup>, *Derecho Nacional* (pp. 266-275) señala esta intervención de elementos extranjeros en la legislación y en la doctrina.

180bis Lo que sigue es un apunte en el que yo intentaba fijar la idea de las tradiciones jurídicas en las deliberaciones sobre el método comparativo en la II.<sup>a</sup> Semana Historia del Derecho Español; en la reseña de la reunión por S(ecretario), AHDE 19 (1948-1949) 871-875: «Gibert indica la posibilidad de eliminar parte del comparatismo, sustituyendo las delimitaciones nacionales por la discriminación de tradiciones, buscando en las comunes las semejanzas que se atribuyen a la influencia mutua o a la influencia del medio» (p. 874).

para el historiador, si se revisa el nacionalismo histórico-jurídico, que pretende identificar una substantividad única e impermutable en cada derecho nacional, sometida, a lo más, a ajenas influencias. Y si se reduce el límite nacional a su papel de arbitrio didáctico o medio de la necesaria división del trabajo, evitando que cale en la necesaria división de la historia. La historia es sagrada y universal.

Pero una historia universal del derecho es el incentivo mayor de las tendencias de la comparativística. Sobre el caos de materiales que aporta la comparación, es preciso imponer un criterio ordenador. Este puede ser, en lugar de las nacionalidades, complejas y entrelazadas, no homologables a categorías jurídicas, las tradiciones jurídicas. Tradiciones comunes explican el paralelismo y la identidad de procesos de historia del derecho en naciones diversas. Esto es ya evidente en cuanto a la tradición romana que informa el desenvolvimiento de las instituciones civiles europeas. Pero no es esa la única tradición. Son admisibles las tradiciones nacionales, siempre que no se pretenda nacionalizar patrimonios que son del cristiano, del bárbaro, del habitante de las fronteras o del montañés.

Un historiador nacional se ve obligado a practicar un corte vertical sobre diversas tradiciones y sobre ramificaciones de una misma tradición: debe ser respetuoso con ellas, prescindir de las que no le interesen, pero no esforzarse en vano en refundir con ellas una sola tradición nacional, desde los orígenes, con el riesgo de encontrar, una organización estatal en el siglo II, y otra, tribal, en el XII, para explicar cuya serie histórica hay que inventar avances y retrocesos. Cuando lo más fácil hubiera sido empezar por distinguir una tradición del estado y otra de la tribu, que puede alternativamente dominarse entre sí, pero nunca entrar en serie histórica.

Cuanto más alejados se encuentren los dos casos que se le ofrecen al comparatista, más arriba se encuentra la tradición común: acaso fuera de los límites de la ciencia histórica. En el hombre están germinalmente todas las posibilidades. Hay una tradición común; este es complemento del pensamiento de las tradiciones.

2. *Ni influencia de las cosas, ni influencias del medio, sino tradiciones comunes.*

## 29. El elemento primitivo

El derecho primitivo es una interrogante de la historia acerca de la cual sólo es posible establecer algunas presunciones para completar los muy escasos datos positivos<sup>181</sup>. Se trata, en rigor, de prehistoria jurí-

---

181 En torno a la breve indicación del *Curso* de don Galo sobre las «fuentes del Derecho de iberos, tartesios, celtas y celtíberos, de una parte, y las de las colonias fenicias, griegas y cartaginesas, de la otra» (p. 27), hemos acumulado una bibliografía que necesitaríamos reducir a lo estrictamente jurídico, y cuyo examen retrasa nuestra entrada en materia. Al cerrar esta memoria en 1947 acababa de aparecer el tomo I de la *Historia de España*, dirigida por Menéndez Pidal, dedicado a la España Primitiva, por HERNÁNDEZ PACHECO y otros autores; a esta obra tenemos que volver. Hoy podemos remitir también al primer tomo de la *Historia de España*, dirigida por M. Tuñón de Lara, Labor, Barcelona 1980, cuya primera parte, «Primeras Culturas» (pp. 47-195). Las noticias de escritores antiguos sobre Hispania se encontraban reunidas en las *Fontes Hispaniae Antiquae*, por Schulten, Pericot y Rubio, I-IX, Universidad de Barcelona, 1925-1955. Inaugural, la relativa a las leyes de Tartessos: *V Symposium Internacional de Prehistoria Peninsular*, Universidad de Barcelona; especialmente: MALUQUER DE MOTES, *Tartessos y su historia*, pp. 389 ss; el mismo, *Tartessos*, Destino, Barcelona 1970; Adolf SCHULTEN, *Tartessos*, 2.<sup>a</sup> ed., Espasa-Calpe, Madrid 1945; MÁRQUEZ MIRANDA, «Adolfo Schulten en busca de Tartessos», *Revista de la Universidad de Buenos Aires* II, 1 (1957) 62-89; A. TOVAR, «Para la delimitación epigráfica del concepto de lo tartesio», *Anales de Historia Antigua y Medieval*, Buenos Aires 1956, pp. 7-14; J. M.<sup>a</sup> BLÁZQUEZ, *Tartessos y los orígenes de la colonización fenicia en Occidente*, Universidad de Salamanca. Desde 1970 la heroica estudiosa Nuria Sureda Carrión formula y defiende su hipótesis, ya consolidada como tesis, acerca del emplazamiento de Tartessos en el Sureste español y sus relaciones con la cultura argárica bajo el influjo griego, en una serie de estudios que culmina en su libro *Las fuentes sobre Tartessos y su relación con el Sureste Peninsular*, Universidad de Murcia, 1979. Sus conclusiones afectan no sólo al importante dato del emplazamiento, sino también a la índole de la cultura reflejada en la noticia, y a figuras de derecho como la monarquía y al cuadro general. Su conocimiento de la literatura y de las fuentes, su aguda intuición y la claridad de su exposición son muy convincentes. Por último, «La interpretación de la leyenda de Tartessos», en *Murgetania*, 62, Murcia 1982, 135-155. PÉREZ PRENDES, «El mito de Tartessos», en *Revista de Occidente*, 134 (1974) 183-204.

Sobre pueblos primitivos (prerromanos): P. PLANAS, «Paralelismo entre las instituciones fundamentales de la sociedad céltica e ibérica», en *RABM* 43 (1922) 406-433; P. BOSCH GIMPERA, «Los pueblos primitivos de España», en *RO* IX (1925) 153-190; *El poblamiento antiguo y la formación de los pueblos de España*, Universidad de México, 1944; res. de Tovar, en *CHE*, 180-183; «Los Iberos», en *CHE* 9 (1948) 5-93; «Iberes, basques, celtes?», en *Orbis*

V, 2 (Lovaina 1956) 329-338; VI, 1 (1957) 127-134; M. LEJEUNE, *Celtibérica*, Salamanca 1955; Federico WATTENBERG, *La región Vaccea. Celtiberismo y romanización de la cuenca media del Duero*, CSIC, Madrid 1959; Antonio ARRIBAS PALAU, *Los Iberos*, Aymá, Barcelona 1965; Blas TARACENA, *Carta arqueológica de España*, CSIC, Soria-Madrid 1941; res. de Sánchez Alborno, en CHE 5 (1946) 196-199; P. ROMANELLI, «Liguri, Celti ed Iberi di fronte alla colonizzazione greca», en *Atti del I.º Congresso Internazionale di Studi Liguri*, Bordighera 1952, 119-125; A. GARCÍA BELLIDO, «Una colonización mítica de España tras la guerra de Troya», en CHE (1947) 106-123; *Bandas y guerrillas en la lucha con Roma*, Madrid, 1945, res. de Lanús, en CHE 6 (1946) 180-181; Luis PERICOT, *La España Primitiva*, Barcelona 1950; res. N. Sánchez Alborno, en CHE 16 (1951) 172-174; *Historia Social de la España Antigua*, Teide, Barcelona 1957; «Los primeros españoles», en *Estudios dedicados a Menéndez Pidal*, t. IV, CSIC, Madrid 1953, 579-585; J. SAN VALERO APARISI, *Perspectiva actual de la historia primitiva de España*, Valencia 1956; «Sobre el origen de la cultura ibérica», en *Congresos internacionales de Ciencias Prehistóricas y Protohistóricas. Actas de la IV sesión*, Zaragoza 1956, 785-788; Adolfo SCHULTEN, *Los Cántabros y Astures y su guerra con Roma*, Espasa-Calpe, Madrid 1945; res. Cerdá, en AHDE 16 (1945) 818-822, y Cassani, en CHE 10 (1948) 193-194; «Ein keltiberischer Städtgebund», en *Hermes* L (1915); ref. RFE 2 (1915) 298; Bronce de Luzaga, publicado por Fita, 1882-1883, p. 35; BOSCH-AGUADO, *Historia de España dir. Menéndez Pidal* II, 95-98; Joaquín GONZÁLEZ ECHEGARAY, *Los Cántabros*, Guadarrama, Madrid 1966; rec. Martínez Díez, en AHDE 35 (1965) 589-590; J. M. ROLDÁN HERVÁS, «Fuentes antiguas para el estudio de los Vettones», en *Zephyrus* XIX-XX, Salamanca 1968-1969, 72-106; F. J. FERNÁNDEZ NIETO, «Beribraces, Edetanos e Ilercones» (pueblos en la actual provincia de Castellón), en *Zephyrus* XIX-XX, Salamanca 1968-1969, 115-142; Gabriel LLOMPART, «La religión de los honderos baleares», Monografías Menorquinas, Ciudadela, 1963; J. MALUQUER DE MOTES, «El proceso histórico de las primitivas poblaciones peninsulares», en *Zephyrus* VI, Salamanca 1955, 241-255.

Sobre colonizaciones prerromanas: George RAWLINSON, *Phoenicia*, Londres 1889, en la colección *The Story of the Nations*, de Th. Fisher Unwin, 18. Colonias en Africa e Hispania, pp. 63-69; A. BLÁZQUEZ, «Venida de los Fenicios a España», en BRAH LXXXIV, 17-31 (1924) 386-392; P. BOUYER, «Les prisonniers de guerre pendant la seconde guerre punique», en *Memoires*, de 1956, ref. *Revue Historique*, CCXVII, 2, París 1957, 451-458; BOSCH GIMPERA, *Problemas de la historia fenicia en el extremo Occidente*, Salamanca 1942; res. Winocur, en CHE 20 (1953) 174-175; I. SCHIFMAN, «Die phönische Kolonisation des westlichen Mittelmeeres», en *Das Altertum*, X, Berlín 1964, 195-201; J. M. SOLÁ, «Miscelánea púnico-hispánica», en *Sefarad*, CSIC, XVI, 2 (1956) 325-355; Walter GORLITZ, *Hannibal. Eine politische Biographie*, Verlag W. Kohlhammer; E. SANMARTÍ GREGO, «Una factoría fenicia en el Marruecos Atlántico», en *Ampurias*, XXIX, Barcelona 1967, 301-303; H. SCHUBART, «Colonias fenicias en la región de Málaga», en *Arbor*, CSIC, LXXII, 280, Madrid 1969, 37-45; U. KAHRSTEDT, *Geschichte der Karthager*, de Otto Meltzar, III. *Geschichte der Karthager von 218-146*; res. Bosch Gimpera, en RFE 2 (1915) 61; G. y C. CHARLES-PICARD, *Vie et mort de Carthage*, 1970; A. STAZIO, «Rapporti fra Pompei ed Ebussus nelle Baleari alla luce dei rinvenimenti monetali», en *Annali* 2, Roma 1955, 33-57. Cartago concede a Ibiza acuñar moneda; relaciones con Campania; A. GARCÍA BELLIDO, *Fenicios y Cartagineses en Occidente*, CSIC,

dica, no de historia, por la decisiva razón de que faltan las fuentes, las fuentes directas de conocimiento <sup>182</sup>. Se ha supuesto que antes de la dominación romana no existía en la Península una sola cultura jurídica, y sobre esta suposición se ha elevado otra suposición, la de que cada pueblo poseía la suya propia. García Gallo alude a la existencia de derechos puros

---

Madrid 1942; res. Adriana Bó, en CHE 5 (1946) 187-190; F. BENOIT, «La competition commerciale des Pheniciens et des Hellenes» y «Les courants de civilisation en Mediterranee Occidentale a l'epoque preromaine», en *Rivista di Studi Liguri* (1964) 110-114; A. GARCÍA BELLIDO, *Estudios sobre la colonización griega en España*, res. por Ramón Ezquerria en *Hispania*, CSIC 6 (1942) 138-141.

182 El *Curso* de don Galo admitía la referencia al derecho de los pueblos que habitaron la península en la Antigüedad, exceptuando la dominación romana, que examinaría después, pero registraba la ausencia de fuentes de índole jurídica, aludía a la Costumbre (que vamos a tratar después) y expresaba reservas acerca del derecho comparado y sus métodos (ed. cit., pp. 27-29). HINOJOSA, *Historia General del Derecho Español I* (1884; 2.ª ed. 1924) p. 129: «No hay testimonio alguno que acredite la subsistencia del derecho indígena en España en los últimos tiempos del Imperio». El estudio de Hinojosa, publicado póstumamente, en AHDE II (1925) 5-12, aunque manifiesta una gran admiración por la poderosa personalidad de Costa y su obra, no deja de señalar su condición de autodidacta y objeta su método. Admitía la supervivencia de los derechos primitivos A. GARCÍA GALLO, en su *Historia del Derecho Español. Exposición histórica*, 1940, pp. 51 y 129. En su «Aportación al estudio de los fueros», en AHDE 26 (1956) pp. 430 y 431, clasifica los fueros medievales según las áreas vasca, celtibérica y vetona. El mismo autor, en su *Curso* de 1946 declaraba la imposibilidad de conocer el sistema jurídico de los primitivos pobladores de la península: «Hemos de resignarnos, pues, a ignorarlo». Sólo a partir del siglo III a. J. admitía la posibilidad de un relativo conocimiento del sistema jurídico de los pueblos indígenas, «prescindiendo, no por existente, sino por desconocido, del de los tiempos anteriores» (p. 1). No obstante, recogía los resultados de la obra de los prehistoriadores, y así ha practicado, progresiva y ampliadoramente en su *Manual* de 1959, remontándose al Paleolítico. Análoga tendencia se registra en la floreciente manualística que presenciamos. Con motivo de la figura de Bachofen, en el Congreso de Historia de la Mujer, en la Universidad de Alcalá de Henares, julio de 1988, las actas en prensa, repasé su influencia y la del método comparativo en nuestra disciplina. Por mi parte, me había limitado, en la HGDE (1968), a describir los testimonios relativos al derecho en los escritores antiguos, indicados en el mencionado *Curso*, de alguno de los cuales hemos practicado una lectura más detenida, como de Diodoro de Sicilia, gracias a la edición de Nieves Muñoz Martín, Universidad de Granada, 1976, mi reseña en RFDM 54 (1978) 204-206. Cfr. R. FERNÁNDEZ ESPINAR, «El matriarcado en la España primitiva», en *Anuario del Centro Asociado de las Palmas*. UNED, 2 (1976) 57-72.

(como el ibérico, el celta, el griego, el fenicio-cartaginés, el vascuence), y de derechos mixtos (como el celtibérico, el greco-ibero) <sup>183</sup>.

Es posible intentar el estudio de estos derechos antiguos, incluso con los métodos propios de la historia del derecho <sup>184</sup>, pero la delimitación

---

183 GARCÍA GALLO, loc. cit. en nota anterior. No son fuentes histórico-jurídicas las que reflejan la acción de estos elementos. Los colonizadores griegos se funden con la población indígena, afirmándose por escritores antiguos que unos y otros vivían con leyes medio griegas, medio bárbaras. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña*, Barcelona 1918, p. 5. No nada primitivo ni prehistórico, sino a plena luz se había desarrollado un acontecimiento jurídico, de derecho internacional, que una exposición sistemática reservaría en todo caso para el final y el complemento de los pretendidos sistemas jurídicos, y que, sin embargo, tiene carácter general y principal no sólo para la época romana, sino para las que siguen y hasta para el presente del Derecho, a saber, las relaciones y la serie de tratados internacionales entre Cartago y Roma, consideración que llevó a incluirlos, aunque concisamente, en la HGDE (1968) p. 3. Algo semejante ha de tenerse en cuenta para todas las épocas: elemento o constante de la historia jurídica o, mejor, Antigo Derecho. BRUNO PARADISI, «Impostazioni dogmática e ricostruzioni storica del Diritto internazionale piu antico», en *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*. Verona, 1948, t. IV, Milán, pp. 3-41. JOSÉ M.<sup>a</sup> TRIVIÑO, «Indíbil. Un reyezuelo ibérico en la encrucijada de dos imperialismos», en CHE 23-24 (1955) 268-306. A. AYMARD, «Les deux premiers traités entre Rome et Carthage», en *Revue des Etudes Anciennes*, Burdeos, LIX, 3-4 (1957) 277- 293. ALFREDO KINDELÁN, «El tratado de paz del Ebro y la segunda guerra púnica», en *Revista de Historia Militar* IV, 6, Madrid 1960, 7-17. FERENZY (Budapest), «Die römisch-punischen Verträge und die Ausgestaltung des römischen Handelsrechte», en sesión 23 de la Sociedad De Visscher, Friburgo 1968, res. en AHDE 38 (1968) 795.

184 Observaciones metodológicas para esta época: JULIO CARO BAROJA, «Regímenes sociales y económicos en la España prerromana», en *Revista Internacional de Sociología* (CSIC, Madrid 1943), t. I (estudio del que arranca su labor científica que tan honda impresión había de causar en nuestra Disciplina, la *Historia del Derecho Español*). Del mismo autor: *Los pueblos del Norte de la Península Ibérica*, CSIC, Madrid 1943; mi reseña en AHDE XVI (1945) 775-778; curiosamente, nunca esta revista, nuestro hogar, a pesar de todo, nunca ha vuelto a ocuparse de la obra de este autor, que en tantos puntos ha ensanchado los horizontes de la Historia del Derecho. Del mismo, *Los pueblos de España, Ensayo de Etnología*, ed. Barna, Barcelona 1946; res. por VICENS VIVES, en *Hispania* (CSIC, Madrid) VII (1947) 315-318; por MENHIN, en CHE 16 (1946) 174-175. Desde su aparición, tenía reservado para este momento de revisar mi memoria de Cátedra la lectura de un escrito de CARO BAROJA, «La investigación histórica y los métodos de la Etnología», en *Revista de Estudios Políticos* 80 (1955, en los «tiempos oscuros» que dice algún colega) 61-82. Esperaba encontrar los fundamentos conceptuales de su trabajo ulterior y también lo que podría aportar al enriquecimiento de la ciencia

de una historia nacional que se funda en un sistema de fuentes cuya pertenencia a una tradición literaria es evidente, aconseja excluir de su ámbito factores que acaso han influido en el curso de las instituciones, pero cuya efectividad no se traduce en los textos jurídicos. Si la redacción no es la sustancia de la historia jurídica, constituye en todo caso su expresión<sup>185</sup>.

---

histórica, que hoy ha dejado de interesarme. Lo que encuentro al final de una serie de agudas observaciones personales y muy subjetivas, netamente barrojanas, es la siguiente conclusión: «el dilema para el historiador moderno está en hacer Psicología o hacer Sociología» (p. 81). Al historiador del derecho, o mejor, al jurista del Antiguo Derecho, de la Maculatura jurídica, se le ofrece una tercera posibilidad: hacer Jurisprudencia, a la que modestamente me he adherido (14.IV.89, San Abundio y 48.º aniversario de la II.ª República).

185 En 1947: Utilizar el elemento primitivo como recurso para explicar todo aquello que en el curso histórico no muestra otra filiación más directa, no es verdadero método histórico. De este defecto se resienten algunos trabajos de Costa y Ureña. Notas, 161: Si admitimos la identidad de las legislaciones primitivas, fundada en un origen común o en haber nacido en circunstancias análogas, es preciso reconocer que este derecho no interesa a la historia, sino desde el momento en que empieza a singularizarse. Ahora bien, el origen común, que admito, está muy lejos de los «primitivos» que nos es posible conocer: entre el origen común fundado en la unidad de la especie humana (entonces: teológico) y los tiempos más antiguos hay una larga historia, ya diferenciadora, y que las circunstancias hayan sido las mismas es un postulado muy exigente e improbable. 162: Joaquín COSTA, «Ensayo de un plan de Historia del Derecho español en la Antigüedad», en RGLJ 68 (1886) 527-557, 70 (1887) 143-163, 288-315, 74 (1889) 497-506, 75 (1889) 96-118 y 441-453; programa esquemático, muy denso y sistemático, desde la Edad de Piedra a la caída del Imperio romano, con precisa referencia a las fuentes. En 1947 yo daba como superados y erróneos los trabajos de Costa y Ureña, que, por lo demás, apenas conocía. En 1964 consideraba que merecían ser tal vez reivindicados (no reivindicados, que no eran nuestros y nadie nos los había arrebatado). Hoy (15.IV.89, Santa Anastasia) convencido estoy de que sus obras aparte de la rica erudición son testimonios acerca del derecho del fin del siglo en que se redactaron. Lo es, de modo eminente, la obra colectiva (*Economía Popular y Derecho Consuetudinario de España I-II*, RGLJ, Madrid 1898. Joaquín Costa ya fue reconocido por don Galo en su *Curso*: como uno de los cuatro evangelistas de nuestra Asignatura en el siglo XIX, dedicándole el más expresivo párrafo (pp. 12-13 en la ed. de 1932). Una vindicación de Joaquín Costa y una continuidad de su labor puede significar la incorporación a la Escuela, hoy tan numerosa, de Javier ALVARADO; cfr. su memoria de Licenciatura *Tartessos; Gargoris y Habis. Del mito cosmogónico al mito de la realeza*, Nueva Acrópolis, Madrid 1984. Éste es el significado del solitario aplauso que rubricó el final de su ejercicio en las Oposiciones de 1986, en las que el Tribunal, siento decirlo, no entendió en absoluto lo que significaba el «Elemento primitivo», que no consiste simple-

Habitualmente se ha utilizado el elemento primitivo para explicar todo aquello que en el curso histórico no muestra otra filiación más directa. La actitud del historiador ante la persistencia del elemento primitivo debe ser una mezcla de curiosidad y escepticismo. En las fuentes jurídicas medievales hay preceptos de aspecto arcaico, que parecen revelar «primitivismos», pero la observación de esos caracteres no va más allá de lo que puede caracterizar a una fuente; un sistema de instituciones primitivas no ha sido elaborado sobre estas reminiscencias <sup>186</sup>. La noción de atavismo y la regresión jurídica pueden también explicar estos caracteres <sup>187</sup>.

---

mente en la lección primera de un programa sino que es una constante, o si se quiere, una tradición que llega a nuestros días, como debe alcanzar el curso de la «historia del derecho», según don Galo. De Ureña he vindicado su mérito en la renovación de nuestra disciplina, digno de estar al lado, como coetáneo (1852-1930), de Eduardo de Hinojosa (1852-1919), en mi relección del curso 85-86, el 26 de mayo, y en el Correo Académico desde mayo. Su discurso de 1906 inauguraba el siglo; quedaba lejos su afirmación ochocentista primera, según la cual «el derecho español hubiera evolucionado progresivamente desde su época primitiva»; de la que sólo queda que así lo había imaginado y, sobre todo, escrito un profesor finisecular en San Bernardo, esquina a Noviciado.

186 Puede ser oportuno recoger aquí títulos de la época: J. DECLAREUIL, «La justice dans les coutumes primitives» 13 (1889) 153-234; 363-406. Allí, pp. 300-303, reseña de P. F. GIRARD a A. H. Post, *Afrikanische Jurisprudenz, ethnologische Beiträge zur Kenntnis der einheimischen Rechte Afrikas*, Oldenburg y Leipzig 1887; E. JOBBE-DUVAL, «Les idées primitives dans la Bretagne contemporaine», *ibid.*, 35, p. 257; 37 (1913) 5-56, 421-473; revelador del carácter duradero del *elemento primitivo*. Cfr., por último, P. VINOGRADOFF, *Principes historiques du droit. Introduction. Le droit de la tribu*, Payot, París 1924. Y tribus sigue habiendo todavía, por ejemplo, Sevilla; Henry SUMNER MAINE, *L'Ancien Droit*, París, Guillaumin et C.<sup>a</sup>, París 1874, y las traducciones, por *La España Moderna*, Madrid, J. Lázaro, s. a., de esta obra y de las *Instituciones Primitivas*, estaban en la biblioteca de Granada, donde las conocí; José A. DUARTE NOGUEIRA, *O Ordenamento primitivo em Roma, O jus e o fas*, Cruz, Braga 1979, 48 pp. Panorama de la cuestión con bibliografía.

187 Alvaro d'ORS, en AHDE XVII (1946) 927: «allí donde se desdibuja la pureza del régimen romano en un sentido de barbarismo, no creo que debamos pensar forzosamente en influencia germánica, sino simplemente en un *atavismo* jurídico». Razón de más para que nos ocupe el estudio de lo Primitivo, hacia lo que se vuelve, y notable reaparición del Progresismo, que se miraba superado por nuestro siglo; porque si hay regreso, hay progreso (16.IV.89, S. Fructuoso).

Acerca de la formación del derecho romano vulgar se ha sostenido la opinión de que uno de los elementos activos fuera el derecho indígena practicado en los diferentes territorios a los que se extendió la vigencia del derecho romano<sup>188</sup>. Paulo Merea indica que la decadencia de la cultura clásica pudo ser correlativa del predominio de una mentalidad popular<sup>189</sup>. Estos habrían sido los grandes momentos para el derecho primitivo: los de imponer sus propias concepciones<sup>190</sup>. Pero no siendo

---

188 Antonio CASES, *La costumbre ibérica en el desarrollo del derecho romano*, Madrid 1936. CABRAL DE MONCADA, *A reserva hereditaria no direito peninsular e portugues I*, Coimbra 1916, p. 112, sostiene que el derecho hispanorromano acogió instituciones celtibéricas de índole vincular. A. d'ORS, *Epigrafía Jurídica de la España Romana*, CSIC, Madrid 1943, p. 418, sin admitir la existencia del retracto familiar prerromano, reconoce que el fideicomiso familiar que muestra la inscripción de Tarragona (allí, n. 32) «tiene gran afinidad con el retracto gentilicio que existe en la historia ulterior del derecho español». Cfr. sobre este retracto, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime jurídico do patrimonio familiar*, t. I, Livraria Cruz, Braga, pp. 137-292. Para ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Madrid 1943, p. 414, el elemento ibérico deforma el derecho romano clásico en la *Interpretatio visigótica* de la *Lex Romana*. A. d'ORS, «Las fórmulas procesales del Bronce de Contrebia» (Botorita), en AHDE L (1980) 1-20: aunque el *senatus* que juzgó el caso responde a una organización indígena (p. 5), «no hay que pensar que el gobernador romano se limitase a autorizar un procedimiento indígena (p. 17), pero son «posibles los precedentes peregrinos y provinciales del procedimiento formulario romano» (p. 19).

189 «... a la cual las categorías clásicas nunca fueron verdaderamente accesibles, quizá también por la recuperación de concepciones jurídicas en latente conflicto con ciertas construcciones peculiares del derecho romano» (AHDE XVI (1945) p. 72; *Estudos de Direito Visigótico*, Universidad de Coimbra, 1948, p. 84; en el preliminar de esta colección de estudios, Merea adoptó la opinión del historiador Osborn Tailor, que en su *Mediaeval Mind* había atribuido las transformaciones del derecho romano en Hispania y la Galia a la adaptación de un sistema desarrollado e intelectualizado a las exigencias de pueblos cuya visión mental no estaba al nivel de la vida metropolitana (p. XII). Cuando recapitulaba Paulo Merea la acción de los elementos romanos y germánicos, en sus *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Coimbra 1952, le asaltó una duda acerca de las particularidades del derecho civil aragonés, y se preguntó a cuando remontaban, y si podría hablarse de un fondo original, de un conjunto de trazos diferenciales o de tendencias individualizadoras, existentes real o virtualmente desde tiempos retrasados (p. XIII). El pensamiento se va sólo hacia la obra de Joaquín Costa. Sobre latencia, vid. infra, n. 192.

190 En 1947: Como el derecho de la Alta Edad Media, que se elabora en abierto desconocimiento de la legislación visigótica. Nota 163: Theofil MELICHER, *Der Kampf zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche*, Weimar, Böhlau, 1930. Recensión por Román RIAZA, en AHDE VII (1930) 504-517 y VIII (1931) 496-511.

conocido directamente el derecho de la España prerromana es aventurado determinar la influencia ejercida en el curso ulterior de un derecho dominado por diversas culturas jurídicas, alguna de las cuales comporta también a su vez elementos primitivos. Sobre la historia general de España dice Menéndez Pidal: «La razón remota debe ir a buscarse, no en la etnografía, de la que apenas sabemos nada, sino en la vida administrativa del Imperio romano»<sup>191</sup>. Pero el mismo autor se debe a la atrayente hipótesis de trabajo sobre la fuerza latente activa del pasado, que abre nuevas perspectivas en el tema constante de lo primitivo<sup>192</sup>, acerca del cual llegábamos a la siguiente conclusión<sup>193</sup>:

«En el día anterior hemos tratado de la tradición romana de nuestro derecho, subordinado un orden cronológico a un orden de significaciones históricas. Porque, efectivamente, la etapa primitiva del derecho español es más antigua que su romanización; pero en el principio, lo que se dice realmente en el principio, está el derecho romano. Sólo desde él se puede comprender la realidad dispersa de los derechos primitivos, a los que reduce con su unidad superior y con su poder de integración. No de otro modo, en la Historia General, se habla de los pueblos primitivos de Hispania, utilizando ya esta categoría que, cronológicamente, es ulterior.

---

191 R. MENÉNDEZ PIDAL, «Los españoles en la Historia. Cimas y depresiones», en *Introducción* al t. I de la *Historia de España*, dirigida por él, España Prehistórica, Espasa-Calpe, Madrid 1947, p. LXIX. Añadía: «La estructura de la España prerromana nos es poco menos que desconocida, y cuando la conocemos un poco, la tenemos que dejar a un lado para inclinarnos a lo romano y a lo visigodo, es decir, a la superestructura». Pone algunos ejemplos, como la pretensión de explicar que Valencia se había castellanizado más rápidamente que Cataluña. «La castellanidad de Valencia remonta, pues, a la superestructura, no al contacto de los Celtas con los Edetanos primitivos. Lo mismo en cuanto a los reinos medievales. No cabe explicarlos por la resurrección de los núcleos indígenas... Bien se explica el hecho de que la Historia se interese ante todo por la superestructura, pues ésta es la que da su pleno valor al pueblo». Con todo, admitía también la infraestructura.

192 R. MENÉNDEZ PIDAL, «Modo de obrar el substrato lingüístico», en *Revista de Filología Española* 39 (1950) 1-8; «El estado latente en la vida tradicional», en *Revista de Occidente* I, 2 (1963) 129-152. Cfr. AHDE 21 (1951) 1220 (56) n. 65.

193 Lo que sigue es el preliminar de la disertación relativa al derecho primitivo en la serie sobre «Las tradiciones del derecho español» (1950), mencionada arriba en nota 178.

»Hay, pues, una tradición primitiva del derecho que se hunde en unos orígenes oscuros y que empezamos a conocer mejor precisamente al aproximarse en el tiempo a la luz que arrojan las fuentes (orígenes oscuros, y que en un determinado momento, al instaurarse en cada lugar la dominación romana, es sustituida por esta nueva tradición). La llamamos prerromana, no sólo porque materialmente esté antes, sino también porque su conocimiento histórico es posible gracias a esta proximidad. Lo primitivo, para el Derecho, tiene sentido y valor en cuanto es prerromano, aunque no hayan faltado intentos de alterar este orden y de exaltar lo primitivo por ello mismo, elevándolo a categoría del derecho. No es mi propósito polemizar sobre este punto, sino sólo advertir que es posible una actitud contraria, en virtud de la cual, rectamente, se coloca lo superior sobre lo que es inferior, y sin embargo no se desconoce esto último.

»Decíamos que el Derecho primitivo es sustituido por el Derecho romano, y esta expresión sería inexacta, si con ella se entiende que aquel derecho es definitivamente clausurado por el nuevo. Justamente hay una tradición primitiva en el curso de toda la historia del derecho español, y porque esto no ocurrió así, sino que al contrario, ésta revela la persistencia de unos factores primitivos, que no son simplemente residuales, sino que en ciertos lugares y épocas vuelven a actuar decisivamente. Hay un Derecho romanizado, sí, pero que a veces rompe esa envoltura y deja al descubierto un contenido muy diferente, que incluso, libre de la presión que sobre él se ejercía, crea nuevas formas, formas primitivas en una etapa adelantada cronológicamente.

»Los datos que poseemos acerca de la España Prerromana permiten afirmar que, en correspondencia con los diversos niveles culturales que en la misma se dan, existe una gran diversidad entre los sistemas de derecho de cada pueblo. Esta diversidad se advierte sobre todo entre los pueblos próximos a la costa mediterránea, que de antiguo habían tenido contactos con el exterior, y los de la meseta central, que habían vivido en un mayor aislamiento. Entre los primeros se da el caso de que junto a una ciudad ibera se haya establecido una colonia griega, dando lugar a un derecho greco-ibérico. En el interior, todavía pueden señalarse algunas regiones —como la de los Vacceos— más refractarias a todo influjo extranjero. Los pueblos del Norte de la Península viven en un régimen matriar-

cal que trasciende a instituciones jurídicas, como la propiedad, el matrimonio y la herencia».

## EL ELEMENTO ROMANO

### 30. Continuidad occidental del derecho romano

La aplicación del derecho romano en Hispania es el comienzo real de la historia del derecho español, como el dominio político de Roma da forma de nación al conjunto de pueblos indígenas <sup>194</sup>. Son supuestos de esta inicial romanización jurídica: la presencia en la Península de población romana, que vive naturalmente conforme a su derecho, y las sucesivas concesiones de latinidad y ciudadanía a individuos, familias y comunidades urbanas, a todos los habitantes del territorio provincial, concesiones que llevan anejo el disfrute del derecho romano <sup>195</sup>. Este no

---

194 Junto a la «sección II.ª Derecho Provincial Romano», del *Curso* de don Galo (constantemente actualizado; cr. p. 190 de la ed. de 1952, y p. 34 de 1960), ver su reseña de los *Textes* de Girard, en AHDE III (1926) 540-542, con notables adiciones. Obra fundamental y que en mi opinión marca un giro en la materia: Alvaro d'ORS, *Epigrafía Jurídica de la España Romana*, el libro en que consiste jurídicamente la época romana; lo dije en *Elementos* (1975) p. XII: «ese es el libro»: INEJ-CSIC, Madrid 1953; reseña FUENTESECA, en AHDE 24 (1954) 711-718, con indicación de otras; la mía en *Arbor*, CSIC, 95, Madrid 1953, 232-234. Esta obra, en la que se resume toda la investigación anterior ha sido continuada en una copiosa labor monográfica todavía no incorporada en un volumen, y dispersa en varias publicaciones; cfr. infra, nota 198.

195 En 1947: El elemento romano se aporta a la historia del derecho español en dos acepciones principales: como concesión política durante el tiempo en que España es provincia romana, y como aceptación de una cultura jurídica, en diferentes momentos. La primera significa la fundación de nuestra historia jurídica, de modo semejante a cómo el dominio político da forma de nación a un conglomerado de pueblos unidos meramente por la geografía. Nota 165: Debería ser aleccionador el hecho de que las excavaciones llevadas a cabo en los edificios de iglesias y monasterios medievales descubren la existencia de cimentaciones romanas (cfr. José RÍUS, Pbro. *Cartulario de San Cugat del Vallés* I, CSIC, Barcelona 1945, p. XI). Cl. SÁNCHEZ ALBORNOZ, «Proceso de la romanización de España desde los Escipiones hasta Augusto», en *Anales de Historia Antigua y Medieval*, t. II, Buenos Aires 1949, 1-35.

es inmutable; se formó en un proceso histórico, cuyas etapas conviene distinguir al estudiar su influencia. El hecho mismo de la expansión política de Roma determinó en su derecho civil un proceso de universalización que alcanza no sólo a las instituciones de derecho público, sino también a las del derecho privado <sup>196</sup>. Anteriormente al famoso Edicto de Caracala <sup>197</sup> se ha ido verificando en la Península una lenta infiltración del

---

196 En 1947: Ahora bien, éste no es inmutable, sino que también tiene su historia, y nos interesaría fijar cuáles son las etapas en que se ejerce su profunda influencia. Nota 166: Acerca de las leyes de Malaca y Salpensa se planteó la cuestión de si su contenido era derecho latino o derecho romano. Cfr. Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, CSIC, Madrid 1944, p. 139. Nota 167: Sobre la expansión del derecho romano como derecho del Imperio, cfr. KRUEGER, *Historia, fuentes y literatura del derecho romano* 16 (ed. de La España Moderna, s. a., pp. 107 ss.). Meynal, «Le mariage après les invasions», en NRHD 20 (1896) 744: «La législation imperiale n'est peut-etre que la legitimaction de coutumes provinciales qui ont reçu droit de cité a Rome». Ursicino ÁLVAREZ, *Los orígenes de la contratación escrita: «A partir de Constantino, las constituciones imperiales acusan la lucha que Roma mantuvo no ya para lograr el reconocimiento y la aplicación del derecho romano en las Provincias, sino para mantenerlo inmune de la influencia de los derechos locales. La lucha hubo de seguir alternativas paralelas a las del robustecimiento y delimitación del poder central. Y de ellas no salió siempre incólume el derecho romano, que en ocasiones acogió dentro de sí principios e instituciones originarias de los derechos indígenas provinciales»* (Conferencia en la Academia Matritense del Notariado). Según ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. (1943) pp. 396, 411-412, hasta Caracala el derecho romano se conserva inmune a la acción deformadora de la práctica occidental. Cfr. un caso concreto de influencia del factor provincial en la configuración del derecho romano, en Emilio COSTA, *Storia del Diritto romano privato*, ed. 1923, pp. 193, 201, 206, passim. Sobre el proceso de universalización del derecho romano a partir de las guerras púnicas: Salvatore RICCOBONO, *Roma, madre delle leggi*, Palermo, Palumbo, 1954, pp. 63 ss. Mi reseña en *Arbor* (Madrid, CSIC) 119 (1955) 387-389.

197 Hemos de referirnos, como es lógico, a los *Estudios sobre la «Constitutio Antoniniana»*, de don Alvaro d'ORS, tesis doctoral en 1941, se han publicado: I. Estado de la cuestión, en *Emerita*, CSIC, XI, Madrid 1943, 295-337; II. Los dediticios y el Edicto de Caracala, en AHDE XV (1944) 162-204; III. Los «peregrini» después del Edicto de Caracala, en AHDE XVII (1946) 586-604; IV. La extensión de la ciudadanía a Egipcios y Judíos en el 212 d. C., en *Sefarad* (Madrid, CSIC) VI (1946) 21-36; V. Caracala y la unificación (civil y religiosa) del Imperio, en *Emerita* XXIV (1956) 1-26. El capítulo VI, sobre el Derecho Romano y los derechos locales, en el que confiábamos para esclarecer los orígenes del localismo jurídico medieval (vid. mi *Concejo de Madrid*, IEAL, 1949, p. 15), no se ha publicado (cfr. los *Estudios de Derecho Romano en honor* del autor, t. I, Eunsa, Pamplona 1987, p. 37, donde se indican otros títulos relacionados con el tema).

derecho romano <sup>198</sup> que se formula especialmente en las leyes de colonias y municipios; más tarde se recibe directamente, a medida que lo va

---

198 El primer documento del derecho romano en Hispania, que el *Curso* de don Galo colocaba sistemáticamente entre los Decretos de los Magistrados (p. 38), y así también la *EJER*, de A. d'ORS, n. 12, pp. 349-352, ha sido objeto de un estudio por Luis A. GARCÍA MORENO, «Sobre el decreto de Paulo Emilio y la "turrís Lascutana"», en *Actas sobre Epigrafía Hispánica de época romano-republicana*, pp. 195-218 (sin fecha ni lugar en la copia que debo a la amabilidad del autor). Aparte la ampliación de los aspectos filológico, histórico y geográfico de la fuente, y la crítica de varias interpretaciones generalizadoras sobre su texto, el autor examina los aspectos jurídicos, relativos a las personas y la propiedad, y asocia su testimonio con el relativo a los libertos de Carteya (Livio 43, 8); detrás de ambos descubre una población servil de origen púnico, con lo que una vez más la España romana conduce a la prerromana, íntimamente unidas. Me alegra coincidir con tan sabio anticuario. Porque he indicado la semejanza y colocado a continuación en mi HGDE (1968) p. 4 del decreto de Emilio Paulo la noticia de Livio, sobre la cual, Charles SAUMAGNE, «Une colonie latine d'Affranchis: Carteia (Tite-Live, H. R., 43, 8)», en *RHDFE* 40 (1962) 135-152. No obstante la gran renovación que significa la *Epigrafía Romana en Hispania*, de don Alvaro d'ORS, mantenemos el nombre de Manuel RODRÍGUEZ DE BERLANGA, que se inscribió en el *Curso* de don Galo, y recordó con una lectura de su obra el propio don Alvaro. Cuando se redactaba esta Memoria y algún tiempo después, sus libros eran todavía los necesariamente utilizables y duran, monumentos de su siglo, testimonio además de las fecundas relaciones científicas de España y Alemania.

La citada *EJER*, «reproduce y estudia los textos que vamos a tratar, recogiendo lo que se ha publicado acerca de ellos». He resumido sus resultados en las voces «*Lex Coloniae Genitivae Juliae* (ley de Urso), *Lex Malacitana*, *Lex Salpensana*», de Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona 1974, pp. 148-161. Debemos añadir una serie de títulos dispersos, donde se ha completado la edición de los textos o abordado en conjunto la visión de este campo. Valiosas observaciones generales se encuentra en la serie erudita «El conjunto epigráfico del Museo de Linares» (I-IX), en *Oretania, revista de Historia, Arte, Arqueología*, 3-24 (Madrid, CSIC) 1959-1966, y *Emérita* 45 (ib.) 15-17. Asimismo, *El progreso de la epigrafía romana de Hispania* (1953-1957, 1958-1962, 1967), en varios congresos; *Reseñas de la Epigrafía griega y romana* (universal), en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* IV a X (1954 a 1972) 20 (1954) a 38 (1972); «Miscelánea epigráfica», en *Emérita* XXXI (1963) 139-141; XXXII (1964) 103-106; XL (1972) 59-67; «La ley municipal de Basilipo», *Emérita* (1985, fas. 1.º) 31-41; «Una nueva inscripción Ampuritana» (ley municipal), en *Notas Ampuritanas* I (1967) 293-295; «Leyes Municipales de la España Romana», en *Homenaje al Profesor* (Juan de Mata Carriazo, Sevilla 1972. 175-189 (puesta al día de la *EJER*). El descubrimiento de la *Lex Irnitana* (mi correo académico 11.XI.82; añadidos al *Curso* de don Galo, HGDE y mis *Elementos*, en 10.XI.84 y 10.11.XI.87; en 2.1.83, carta del 14.XII.82: «Los fragmentos de *EJER*, n. 21 y *Emerita* 1964, p. 103 se acaban de completar con otros dos más inéditos; se trata de la *lex municipii Seriponensis*; coincide, naturalmente, con Malaca y con Irnitum, cap. 611)

produciendo la legislación imperial<sup>199</sup>. Derecho romano provincial, derecho romano imperial son los dos principios de la romanización jurídica de Hispania. Pero ésta en sí misma ofrece un fenómeno que no es de mera recepción, sino de aprehensión y moldeamiento de la cultura jurídica: la formación del derecho romano vulgar, tema llamado a convertirse en el inicial de nuestra historia jurídica, aceptado generalmente con

---

ha dado lugar a las siguientes publicaciones que enriquecen este capítulo de nuestra asignatura: Teresa GIMÉNEZ-CANDELA, «La lex Imitana: une nouvelle loi municipale de la Bétique», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruselas 1983. Alvaro d'ORS, «La nueva copia imitana de la *Lex Flavia Municipalis*», en *Homenaje a don Claudio Sánchez Albornoz I*, Buenos Aires 1983, 271-280, y en *AHDE* LIII (1983) 5-15; «La Ley Flavia Municipal», *ib.* LIV (1984) 535-573 (traducción al español); «Nuevos datos de la ley Imitana sobre jurisdicción municipal», en *SDHI* XLIX (1983) 18-50; «De nuevo sobre la ley municipal» *ib.* L (1984) 179-198, y *La Ley Flavia Municipal*. Texto y comentario, Universidad Laterana, Roma 1986. A. y Javier d'ORS, *Lex Imitana* (texto bilingüe), Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano I, Universidad de Santiago, 1988.

Otra publicación del texto por Julián GONZÁLEZ en *Journal of Roman Studies* de 1986. Charles SAUMAGNE, *Le droit latin et les cités romaines sous l'Empire*, Universidad de París, res. por A. TORRENT en *AHDE* 37 (1967) 636-640. F. JACQUES, «La vie municipale en Gaule et en Espagne au III<sup>e</sup> siècle», en *Revue Historique* (París) CCLI, 1 (1968) 271-291. A. d'ORS, «La condición jurídica del suelo en las provincias de Hispania», en *I diritti locali nelle provincie romane*, Accademia dei Lincei, Roma 1971, 1974, pp. 253-268.

199 Las secciones I y II de la EJR comprenden, respectivamente, Disposiciones imperiales y fiscales (pp. 13-133); lo relativo a Bronces de Vipasca, resumido bajo la voz *Lex Metalli Vipascensis* en *Nueva Enciclopedia Jurídica* Seix XV, Barcelona 1974, pp. 156-159. TORRES LÓPEZ, entre las fuentes de la España romana, en la *Historia de España Romana*, dirigida por MENÉNDEZ PIDAL, p. 410, da el elenco de constituciones imperiales dirigidas a Hispania. J. M. PÉREZ PRENDES, *Las fuentes en el sistema jurídico hispanorromano* (prelección del curso en La Laguna, 1971-1972), Madrid 1971; como apéndice (pp. 44-45) reproduce el rescripto de Adriano (117-138) al procónsul de la Bética, sobre responsabilidad penal, «la más viva de todas las constituciones imperiales» y transmitida por la *Collatio Mosaicarum et Romanarum legum*. LUZZATTO, «Ricerche sull'applicazione delle costituzioni imperiali nelle provincie», en *Scritti in onore di C. Ferrini*, Hoepli, Milán 1946, 263-550; res. I. MARTÍN, en *AHDE* 18 (1947) 549-550; propugna el estudio separado del derecho aplicado en cada provincia. Gian Gualberto ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Storia del pensiero giuridico (Bretonne y Ajello, Ed. Scientifiche italiane), Nápoles 1976; *El Código Teodosiano. Traducción*, Universidad de Córdoba (Argentina) I-II, 1964-1967; res. BAS, en *AHDE* 38 (1968) 681-682; G. SCHERILLO, «Novelle Posteadosiane», en *Studi Besta I*, Milán 1939, 295-321.

carácter programático y en el que se ha iniciado la investigación<sup>200</sup>. Como en la historia de la lengua el latín clásico se transforma en el latín vulgar y de éste van surgiendo las lenguas romances, la vulgarización del derecho romano sería la primera etapa en la formación de los derechos nacionales.

---

200 Teresa LUSO SOARES, «Em torno do direito romano vulgar», en *Revista Jurídica*, s.l.s.a. separata, pp. 119-126; H. BRUNNER, DRG I, 1906, pp. 377-378; TORRES LÓPEZ, en AHDE III (1926) 317, n. 35 («gigante elaboración del derecho romano vulgar... una práctica jurídica de tipo romano que era la vivida, recibida y elaborada en provincias»; ha escapado a la lectura de su discípulo Pérez Prendes, en la prelección citada en nota anterior, que se refiere sólo al método preconizado en 1940 (p. 15: buena síntesis y estado de la cuestión); CABRAL DE MONCADA, en BFDU Coimbra 6 (1920-1921) 477 (ver sus *Estudos*); GARCÍA GALLO, *Historia I*<sup>2</sup>, p. 132, n. 11, y p. 178, n. 11. Pero la expresión perfecta, enlazando el derecho vulgar con el imperial, se encuentra, como casi siempre, en el *Curso* que nos guía: «Varios emperadores, como Diocleciano, se esforzaron en difundir por las provincias, con mayor o menor intensidad, la aplicación del derecho romano. Pero esta tendencia a la unidad jurídica no hizo perder su vigor en absoluto al derecho primitivo del país. De otro lado, el derecho romano clásico al aplicarse en las provincias se deformó por la necesidad de adaptarse a las condiciones peculiares de ellas. Surgió así el derecho romano vulgar, fenómeno que presenta analogías con la formación de las lenguas romances respecto al idioma latino. Ciertas prácticas del derecho romano vulgar se ligan con las primitivas costumbres de los pueblos indígenas de cada territorio. Desgraciadamente, faltan en gran parte en Occidente los textos necesarios para conocer en sus detalles este derecho», Apuntes, h. 1925). Ernst LEVY, *West Roman Vulgar Law. The law of property*, American Philos. Society, Filadelfia 1951; res. FUENTESECA, en AHDE 21-22 (1951-1952) 1387-1396; el mismo, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Böhlau, Weimar 1956; res. A. d'ORS, en AHDE 27-28 (1957-1958) 1207-1216. A propósito de esta obra, Bruno PARADISI, «Quelques observations sur un theme célèbre», en TRG 27 (1957) 75-98, postula una apreciación positiva del DRV. Franz WIEACKER, «Vulgarismus und klassizismus im Recht der Spätantike», en *Sitzung Berichte Heidelbergerische Akademie* 3, 1953; res. A. d'ORS, en AFA 5 (1957) 457-460; KASER, «El derecho romano-vulgar tardío» (conferencia), en AHDE 30 (1960) 617-630. En la revista *Labeo* 6, 1960, varios autores responden a la cuestión. WIEACKER, «Nochmals über Vulgarismus. Ein Diskussionsbeitrag», en *Studi in onore di Amilio Betti IV*, Giuffrè, Milán 1962, pp. 509-519; en su reciente y monumental *Römische Rechtsgeschichte I* (Rechtsgeschichte des Altertums. Handbuch der Altertumswissenschaft), Beck'sche Verlag, Munich 1988, pp. 52-53, breve noticia con bibl' pero en el II vol., 68, III. Vulgarisierung und Vulgarrecht, IV. Das Vulgarrechts und die Volksrechte. De Ernst LEVY, *Gessammelte Schriften I-II*, ib. 1964; res. A. O. ib. 32 (1962) 619-620. Deben ser mencionados aquí los estudios visigóticos de Paulo MERÉA, Alvaro d'ORS, Giulio VISMARA, dado el desplazamiento sufrido por esas fuentes, antes tenidas por germánicas, hacia el campo del derecho romano vulgar. En su prelección de 1954 (en *Programa*,

El derecho vulgar puede ser contemplado o bien desde el derecho romano que se vulgariza o bien desde los factores o agentes de la vulgarización <sup>201</sup>. Una concepción estrechamente nacional del problema alude

---

no recogida en volumen) d'Ors anuncia un seminario doctoral sobre *Interpretatio visigótica*, ya el anterior sobre esta Legislación, «tema tanto más adecuado para un romanista cuanto que cada día se hace más evidente la vivencia en esa época de un derecho romano vulgar», pero allí mismo indicó que ese interés ocupaba un lugar en los *Presupuestos Críticos* de 1943 (cfr. supra, nota 35). En efecto, vid. infra y nota. Del propósito excesivo de mostrar la relación entre «Derecho Romano Vulgar y Derecho Medieval Español», en la VII Sesión Internacional de la Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité, en Florencia y Siena, septiembre de 1952 (reseña en AHDE XXIV, 1954, 767-769) he conservado la redacción que sirvió de base a una exposición oral que determinó el interés de los organizadores del «nuevo Savigny» hacia la colaboración española. Por ser un testimonio del cambio registrado entre 1947 y 1952, voy a reproducirlo como escolio al final del «Elemento germánico», prescindiendo de la bibliografía, ya añadida en las presentes notas. Pero, por fin, lo dejo.

201 Manuel SERRANO Y SANZ, *Noticias y documentos históricos del condado de Ribagorza*, Madrid 1912, p. 21: «los tres idiomas hablados en la Península ibérica, aunque tienen por base el latín, son un caso de atavismo filológico, donde, perseverando la fonética propia de cada raza primitiva, se logra con las mismas raíces construir lenguas distintas: los gallegos y portugueses crean el idioma de las Cantigas... Los castellanos y aragoneses, variando las formas latinas en el fonetismo euskaro, dan origen al idioma de Cervantes; mientras que Cataluña, más latinizada, por su situación geográfica, y luego más influida por la invasión de los godos y por la Francia del Sur, fue uno de los focos de donde irradió la lengua lemosina». Análoga posición, en BOSCH GIMPERA y AGUADO, *La conquista de España por Roma*, cit., supra en nota 116, p. 277. RODRÍGUEZ DE BERLANGA, *Los bronceos de Lascuta, Bonanza y Aljustrel*, Málaga 1881, pp. 42 ss., 737 ss.

Sobre un lenguaje ibero-romano: GAMILLSCHEG, en RFE 19 (1932) 135. Arcaica nota. El texto de ese grande Manuel SERRANO Y SANZ (cfr. necr. por A. GARCÍA GALLO, en AHDE X, 1933, 542-544) invitaba a continuar para la Edad Media el paralelismo con la Filología que estaba en el origen del Romano Vulgar. Siento no contrastar, lo haga por mí el lector, lo que podría decir RODRÍGUEZ DE BERLANGA, relacionado con el DRV, justo en la misma fecha de la inicial formulación por Brunner y Mitteis (1880, 1881). El romanista Eduardo de Hinojosa, en páginas olvidadas de su *Historia del Derecho Romano según las más recientes investigaciones*, t. II, Madrid 1885, sin conocer las obras muy recientes de aquellos dos autores ni la expresión «DRV», ha alcanzado, mediante la lectura de las fuentes y la literatura, a caracterizar el fenómeno con anticipaciones y coincidencias que sorprenderían a un autor no favorable a la «bibliografía apollada», como don Alvaro d'Ors, que en la sesión del 4 de noviembre de 1958, en el Seminario Hinojosa de la Facultad de Derecho de Granada, según acta extensa y cuidadosa por Pérez de Benavides, no sólo precisó el concepto (carencia de estilo, no un estilo) manifestaciones, factores determinantes: provincialización, moralismo (piedad con los

a las condiciones peculiares de vida y cultura de los pueblos indígenas que imponen una cierta dirección al desarrollo del derecho romano clásico. Según esto, se habría producido en Occidente un fenómeno simétrico, pero diferente en su contenido, al que ocurre en Oriente. Alvaro d'Ors sostiene que el papel de Occidente en la historia del derecho romano es muy importante, y que, en definitiva, gran parte de las alteraciones post-clásicas obedecen a una evolución interna del derecho romano globalmente considerado. De aquí el paralelismo entre ciertos fenómenos de la compilación justiniana y los que se observan en las provincias occidentales. «Esto se explica —resume— pensando que ambas tradiciones arrancaban de una fase común y que procedían independientemente en su evolución hasta llevar a las últimas consecuencias las tendencias que germinalmente se encerraban ya en aquella fase común de la época postclásica anterior al definitivo divorcio de Oriente y Occidente, fase común para cuya formación se había conjuntamente contribuido». Refiriéndose a las transformaciones últimas del derecho romano en Oriente, prevé que quizá las investigaciones futuras lleguen a mostrar algún día que aquéllas no se deben tanto al influjo de Grecia y de los pueblos orientales cuanto a una ley inmanente de la evolución jurídica <sup>202</sup>.

---

deudores), intereses del Fisco, Burocratismo, simplificación editorial; señaló sus rasgos típicos: contraposición del *ius vetus* a las *leges*; decadencia de la forma; refundición de figuras clásicas; naturalismo, practicidad, teleología; etapas; fuentes, y en primer término el Código de Eurico y las habituales tardías del Derecho Romano, sino que también se procedió al examen de textos que revelaban la progresiva degradación del derecho, casos de simple reducción, de incorporación, de incorporación corruptiva, de total tergiversación. Aunque en forma muy concisa, por la índole originaria de estos libros, he incorporado estas y otras aportaciones en mi HGDE (1968) y *Elementos Formativos* (1975, 1982). Interesa observar que para nuestro autor, el Vulgarismo no es sólo una experiencia histórica, sino actual: «Vulgarismo Giuridico odierno», en *Antología Giuridica Romanística ed Anticuaria*, Giuffrè, Universidad de Milán, 1968, pp. 287-302. «La crisis del derecho», que domina el mundo desde hace sesenta años, tiene una trascendencia que al autor ha registrado en lo referente a la paz y la guerra y el orden internacional; cfr. «La guerra unilateral», en *La Ley*, n. XLIV, Buenos Aires 8.XI.1979, 217. Ver *Correo Académico* en años sucesivos; sobre este documento de una cátedra, el mismo Alvaro d'ORS, en *HIDRA* 14 (1987) 1-6.

202 Alvaro d'ORS, *Presupuestos Críticos para el estudio del Derecho Romano*, CSIC, Universidad de Salamanca, 1943, pp. 55-57 y 30. Una confirmación de esta doctrina, en

Debe aprovecharse la experiencia de la Filología: el derecho romano vulgar aparece más claro investigado desde el derecho clásico, no desde los derechos romances. Los factores que deformaron y simplificaron este derecho son contingentes y no siempre discernibles: más fácil es apreciar la huella que dejaron en el edificio clásico que la crítica intenta reconstruir <sup>203</sup>.

El derecho romano tardío de Occidente tiene como monumento central la *Lex Romana Visigothorum*, que recoge una parte de las constituciones del Código Teodosiano, de otras colecciones no oficiales y adaptaciones de la jurisprudencia romana puestas bajo los nombres de Gayo y Paulo <sup>204</sup>. La *Interpretatio* añadida al texto de cada una de las constituciones refleja en muchos casos la evolución de las normas, las circunstancias de hecho que determinaban su transformación y sobre todo el cambio del lenguaje, de la técnica legal y del pensamiento jurídico. Textos e interpretaciones han sido utilizados para trazar la etapa del derecho hispa-

---

BRAGA DA CRUZ, *Troncalidade* II (1947) pp. 285-286: el Código de Eurico consagra en materia de sucesión de los ascendientes un principio al que se había aproximado el derecho romano inmediatamente anterior y que se declara expresamente en la etapa justiniana. La continuidad romana del Código de Eurico ha sido demostrada de un modo general más adelante. Vid., por el mismo, «A sucessão legitima no código euriciano», en AHDE 23 (1953) 769-830; esp. pp. 784 ss. El autor prolonga la continuidad romana en la legislación visigótica.

203 En 1947: La previsión es plenamente aplicable al derecho romano vulgar de España... En definitiva, lo que interesa es la marcha que siguió históricamente el derecho, y en un segundo término las causas que fueron impulsándola. Para ello es necesario buscar pronto el terreno seguro de las fuentes, salvando pronto la zona desértica del derecho realmente vivido.

204 En 1947: El conocimiento del derecho romano tardío en Occidente no está muy adelantado, lo que siempre dificultará el estudio de este derecho en cuanto se va centrando con cierto carácter nacional, y concretamente en la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico que recoge sólo una mínima parte de las constituciones del Código Teodosiano. Nota: De las 3.000 disposiciones de este Código, sólo 402 se incluyen en el Breviario. Sobre el criterio de selección, cfr. GARCÍA GALLO, «Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda», en AHDE 13 (1936-1941) p. 222, n. 92. J. GAUDEMET, *Le Bréviaire d'Alaric et les epitome*, en IRMAE I, 2 b, Giuffré, Milán 1965. A. d'ORS, *Presupuestos Críticos*, pp. 121-126; el mismo, «Un manuscrito de la Interpretatio: Vat. Reg. Lat. 1050», en *Estudios Visigóticos* I, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, CSIC, Roma-Madrid 1956, pp. 143-150.

norromano <sup>205</sup>. Paulo Merea opone reparos a esta utilización, al advertir que ciertos pasajes de la *Interpretatio*, tomados como expresión del derecho hispanorromano, son enteramente clásicos, y que el Breviario representa en su conjunto una elaboración doctrinal <sup>206</sup>. Torres López había indicado las precauciones con que debe manejarse la *Lex Romana Visigothorum* <sup>207</sup>.

El elemento romano prosigue su acción sobre las fuentes propiamente visigóticas. Halbán destacó ya la influencia romana que se advertía en la legislación visigótica, y fue seguido por los germanistas <sup>208</sup>. Pero la

---

205 Así, TORRES LÓPEZ, en *Historia de España dirigida por Menéndez Pidal* II. *España Romana*, 1935, pp. 414-425; SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Ruina y extinción del municipio hispanorromano*, p. 194 (sobre esta obra, vid. infra, nota 246). J. MALDONADO, *La condición jurídica del «nasciturus»*, INEJ, Madrid 1946, pp. 43-44. Ursicino ÁLVAREZ, «Los orígenes de la contratación escrita»: «Las sentencias del Pseudo-Paulo y la *Lex Romana Visigothorum* son redacciones jurídicas que nos revelan cómo en la parte occidental del Imperio, y elaborados por una práctica peculiar, se fueron creando una serie de principios y modalidades específicas que contrastan con las de la metrópoli».

206 En BFDUcoimbra 22 (1946).

En 1947: La crítica no altera la legítima utilización del Breviario, y concretamente de su *Interpretatio*, para conocer el estado del derecho romano después de la etapa imperial. El hecho de que la *Interpretatio* se aparte más o menos del derecho anterior debe ser simplemente aceptado como un dato acerca del derecho hispanorromano. (Pero el Breviario, formado en el Sur de la Galia tiene poco que ver con Hispania). Sí debe aceptarse, sin embargo, la observación de Merêa (y todas las observaciones de Merêa, joven) acerca de que el Breviario representa más bien una elaboración doctrinal, que la vulgar, reconducible, según él, como ya se ha indicado, a la acción del elemento indígena.

207 En AHDE 3 (1926) 317-318, nota; en relación con el derecho romano vulgar, con bibl. Señala tres posibilidades de inseguridad en el uso de la LRV, por la reelaboración de los materiales romanos: a) conservación de un término clásico, pero con diferente sentido actual; b) no vigencia de una institución legalmente conservada; c) posibilidad de una desaparición progresiva.

208 A. von HALBAN, *Das römische Recht in den germanischen Volksstaten* I-III, Breslau 1889. Ref. García Gallo, en AHDE 13 (1936-41) p. 194, nota 27: Halban encontraba las fuentes de catorce capítulos del Palimpsesto de París (entonces identificado con el Código de Eurico; cfr. las dudas del propio García Gallo, acerca de esta identidad, en su «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», allí 44 [1974] 343-464; pp. 369-382) en textos romanos; otros dieciséis recogen sus principios, y asimismo las *anti-quaе* del Liber Iudicum proceden inmediatamente del derecho romano y otras muchas, por

cuestión se plantea en términos más amplios cuando en las investigaciones de Paulo Merea sobre instituciones de derecho privado visigótico las construcciones de los germanistas se van haciendo problemáticas al acentuarse la posibilidad de que las normas visigóticas no sean sino una continuación normal del derecho romano postclásico<sup>209</sup>. A partir de

---

su forma o contenido revelan igual origen. La palingenesia y el análisis del Código de Eurico por Alvaro d'Ors ha venido a confirmar en 1960 el carácter de ese monumento de la continuidad romana en Occidente. Ya HELFFERICH, *Entstehung und Geschichte des Westgothen-Recht*, Berlín 1858, I, I, 10, la rápida aproximación al modo de ser romano impidió a los Godos proseguir su propio camino histórico (ref. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña*, Barcelona 1918, p. 38). Helfferich se fundaba en el famoso pasaje de Paulo Orosio, en *Hist. adversus paganos* VII, 43. Sobre este pasaje, Ottorino BERTOLINI, «Gothia e Romania», en *I Goti in Occidente*, Settimare di Studio del Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo, III, Spoleto, 1956, pp. 11-33.

209 Paulo MERÊA, ya en 1923 había advertido contra las exageraciones del germanismo, cfr. BRAGA DA CRUZ, *Troncalidade* I, p. 181, nota; en su estudio «A doação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico», *BFDECoimbra* XVII, 1940-1941, pp. 115-133; ahora en *Estudos Visigóticos*, 1948, pp. 63-81; en p. 71 dice que «el Breviario es la prueba de la confusión y heterogeneidad que caracterizan este período» (hoy yo diría que «la confusión y heterogeneidad que caracterizan... al Breviario», historia de libros) y niega (p. 73) el valor de ese monumento para esclarecer el estado del derecho romano vulgar hacia el 500 (no le es posible esclarecer a la misma confusión). El mismo autor, en «Compra e venda na legislação visigótica», en *AHDE* 16 (1945) 71-85 (*Estudos*) 83-104: «Todo se cifra en saber si aquellos preceptos reflejan concepciones germánicas o son más bien una manifestación del *processus* de degeneración del derecho romano occidental». En la *Oração de sapientia* del curso 1944-1945 en Coimbra, Paulo Merêa formuló como tesis general el carácter esencialmente románico del derecho medieval de la península, sin menospreciar la contribución de otros elementos, señaladamente el elemento germánico (cfr. *BFduc* 20, 1944, 594-598; ref. BRAGA DA CRUZ, *Troncalidade* II, 1947, p. 247, nota. Sobre el origen y desarrollo de esta posición de Merêa, ver los prólogos a sus *Estudos de direito Visigótico*, 1948, y *Estudos de direito hispânico medieval* I-II, Universidad de Coimbra, 1952-1953; mi reseña en *Información Jurídica* 74-75 (1949) 1235-1236. Debe recordarse a algún autor anterior que ya ha defendido la tradición romana del derecho Medieval; así, MEYNAL, loc. cit., supra en nota 195, en reseña a un libro de Lefebvre, en *NRHDF* 23 (1899) 375-376, y en «Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français, en TRG 4 (1923). En España, BENEYTO, «Notas sobre el origen de los usos comunales», en *AHDE* 9 (1932) 33 ss.: señaló las prevenciones germánicas» de los autores (p. 39) y registró la reacción en favor del origen romano, con amplitud y precisión que merecen ser reconocidas; así lo hizo Merêa *Visigóticos*, p. X, colocándole el primero entre los autores españoles que iniciaron esa tendencia, y atribuyéndola a sus maestros italianos.

entonces, el elemento romano deja de tener interés como factor externo de la evolución jurídica, y se trata de algo más profundo: de enlazar la historia del derecho español directamente con la del derecho romano; ésta habría continuado en Oriente, en un proceso de modificación bajo la acción sintetizadora de un poder único y absoluto y de modo diverso, en Occidente, se habría abierto en varias direcciones, paralelamente a la fragmentación del poder político que da lugar a los estados territoriales de la Edad Media. Cuando la misma estructura de los estados territoriales se deshace también, los derechos particulares que surgen en formaciones autónomas serían asimismo subdivisiones lejanas de la historia del derecho romano, transformado en los derechos locales <sup>210</sup>.

Las semejanzas y analogías que guardan entre sí las leyes germánicas, más que producto de un común origen racial, proceden de la comunicada cultura de los monasterios, que mantenían intensas relaciones y se alimentaban de las mismas fuentes de la cultura antigua <sup>211</sup>. Frente a

---

210 En 1947: Y aun llevando más lejos esa continuidad, cuando... estados nacionales se deshace... del Derecho al que no se puede llamar romano porque se ha transformado... derechos nacionales y locales. Nota 178: Sobre el proceso del derecho medieval en este sentido de continuidad, A. d'ORS, «Estudios sobre la *Constitutio antoniniana* III, Los *peregrini*», en AHDE 17 (1946) 603-604: «Si la ciudadanía antigua se arraigaba en el concepto del *genus*, esta nueva ciudadanía ecuménica, se asienta sobre la idea del *territorium*... En este sentido, podemos ver ya el primer albor de lo que va a ser la Edad Media». Sólo que si la Edad Media alborea en el siglo III y por otra parte la Antigüedad termina en el 700, preferimos pensar que los tiempos son mentira o al menos muy dudosos. ¡Fuera la historia!

211 Siempre es significativo lo que nos dice la historia del arte. Wilhelm NEUSS, sobre la miniatura visigótica anterior a la invasión árabe: «Estas primitivas representaciones bíblicas aparecen en obras de los siglos X y XI, que deben ser consideradas no como manifestaciones originales de un arte infantil, bárbaro e ingenuo, sino como restos de decadencia, productos de un arte en descomposición, en los que aún es posible distinguir las fórmulas iconográficas, las soluciones artísticas, la belleza, en suma, de los antiguos modelos...» (ref. RODRÍGUEZ BORDONA, *Exposición de Códice miniados*, p. 7). MALLON, acerca de una inscripción posterior a 450, perteneciente a un período visigótico, su escritura no tiene nada, absolutamente nada de visigótico. GÓMEZ MORENO, acerca de las pizarras visigóticas: reflejan «todo un cuadro de normalidad social, basada en las instituciones romanas, sin asomo de germanismo». Citados por MILLARES, «La escritura visigótica», en *León y su Historia. Miscelánea* II (1973) 303-304.

En 1947: Ejemplo, en nuestro campo, la redacción de la *Lex Baiuvariorum*, tal como la

la imagen catastrófica de la historia del derecho como sucesión de diferentes culturas jurídicas, es posible investigar las variaciones de una sola tradición cultural <sup>212</sup>.

### 31. Recepción romanista medieval

En una consideración continua de la historia del derecho, la recepción romanista que se inicia en el siglo XII puede ser integrada con toda normalidad <sup>213</sup>. Hay en la Recepción ciertos giros bruscos, pero el acon-

---

explica Beyerle. Nota: En su edición de la *Lex*, Munich 1926; reseña de RUBIO SACRISTÁN, en AHDE 4 (1927) 478-482; F. VALLS-TABERNER, «L' autor de la *Lex Baiwariorum* (siglo VIII) era potser originari de la nostra terra?», en *Obras. Estudios histórico-jurídicos*, CSIC, Madrid-Barcelona 1954, pp. 276-280. Tal vez sea oportuno citar aquí mi aportación al *Nuevo Saviny*, por su estricto límite cronológico, y que contiene más y menos de lo que su obligado título anuncia: «Enseñanza del derecho en Hispania durante los siglos VI a XI», en IRMA I, 5, b, Giuffré, Milán 1967; res. TOMÁS VALIENTE, en AHDE 37 (1967) 595-597; «Antigüedad clásica en la Hispania Visigótica», en *La Cultura antica nell' Occidente Latino dal VII all' XI secolo* II, Settimane Spoleto, XII, 1975, pp. 603-652, y «San Isidoro de Sevilla y el Derecho Civil», en RDUMadrid XVIII, 49 (1974) 33-58; a su nota 80, Alvaro d'Ors, carta 3.I.75: «San Isidoro, Etym. 5, 24, 30, al referirse a Paulo para autorizar la explicación de *stipulum*, *firmum appellaverunt*, cita las *Pauli Sententiae* 5, 7 (no 8!), 1: *Obligationum firmandorum gratia stipulationes inductae sunt quae uadam verborum sollemnitate concipiuntur, et appellatae quod por las firmitas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum aplaverunt*. S. Isidoro pudo leer este fragmento de las PS en el Breviario, donde este título tiene precisamente el número VIII, pues el 7 viene de la reconstrucción de las PS integradas en el Digesto. El texto no tiene *Interpretatio*». Como ven, las alturas.

212 1947: Como se ve, lo que se intenta es elaborar una imagen no catastrófica de la Historia del Derecho, con las imponentes apariciones de las culturas jurídicas, sino más bien las variaciones de una sola tradición. Nota: ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto italiano*, vol. I, p. VII, considera el derecho romano como primera etapa del derecho nacional, elemento en torno al cual se admitían otros elementos principales o secundarios. Intento de nacionalizar el derecho romano y de proclamar al italiano como único continuador genuino y legítimo de aquél. P. S. LEICHT, *Il diritto privato preirmeriano*, Zanichelli, Bolonia 1933; res. BENEYTO, en AHDE 10 (1933) 503-505.

213 F. K. von SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 1.ª ed., I-VII, Heidelberg 1815-1831; 2.ª, 1834-1856; reprod. Darmstadt 1956. Trad. GUENOUX, *Histoire du droit romain au mayen âge I-IV*, París 1839. G. v. BELOW, *Die Ursachen der Rezeption*, 1905. Paul VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford 1909; 2.ª ed.

tecimiento no lo es en su totalidad. Es problemático el conocimiento en España, de la obra justiniana, en la época inmediata a su publica-

---

con prol. de F. de ZULUETA, 1929. Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, trad. y pról. de J. SANTA CRUZ, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1955; mi res. en BUGRANADA 5 (1956) 233-240. Entre las manifestaciones a que dio lugar esta importante obra, reseñada por GENZMER, en ZSS. Rom. 67 (1950) 595-611, quien reafirmó la superior calidad del derecho romano como causa de su supervivencia, el estudio de A. d'ORS, «Jus Europeum?», en *Studi in memoria di Paolo Koschaker. L'Europa e il Diritto Romano I*, Giuffré, Milán 1953, 450-476; el mismo, «Filología y Derecho Romano», en *Actas del II Congreso español de Estudios Clásicos* (1961), Madrid 1964, pp. 193-213. Salvatore RICCOBONO, *Roma, madre delle leggi*, Palumbo, Palermo 1954; síntesis de la ancianidad de un gran romanista; mi res. en *Arbor* 119 (1955) 387-389. El influjo del derecho romano sobre el germánico y su asimilación en la cultura universal del derecho, en Francesco CALASSO, *Medioevo del Diritto I*, Le Fonti, Giuffré, Milán 1954; res. IMBERT, en TRG 22 (1954) 359-361. La renovadora labor de E. M. MEIJERS, sobre derecho romano medieval, en el t. III de sus *Etudes d'Histoire du Droit*, ed. póstuma por Feenstra y Fischer, Universidad de Leyden, 1959; cfr. LEGENDRE, «E. M. Meijers et la Romanistique Medieval», en TRG 29 (1961) 331-342; LEGENDRE, «Gloses de romanistes post-acursiens», en RHDEF 41 (1963) 488-493; insiste en la necesidad de acentuar el trabajo crítico sobre las fuentes; lamenta la incapacidad de nuestra época para superar, a pesar de la modernidad de las técnicas y las pretensiones de un humanismo sin fronteras, la obra de los grandes antepasados. TRUSEN, *Anfängen des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beiträge zur Geschichte der Früherrezeption*. J. G. LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung in Rechtsunterricht*, con un epílogo de Max Kaser, Zürich 1976; res. La producción monográfica de un siglo se intentó recoger y armonizar en el gran proyecto del «Nuevo Savigny»; cfr. GENZMER, su director científico, «El Nuevo Savigny», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación XVI* (1<sup>er</sup> semestre 1958) 41-54. Noticia primera, sobre esta empresa, en AHDE 24 (1954) 768-769; sobre la participación española: R. GIBERT, «El Nuevo Savigny en España, I. Estado de las Investigaciones; II. Erich Genzmer (1893-1970), *In memoriam*; III. El ideal del Nuevo Savigny», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad N. de Educación a Distancia* 7-8 (1985); separata repartida en la VI Semana de Historia del Derecho Español, Madrid, abril 1983, UNED-CSIC, y «El Nuevo Savigny en España», en *Studi Sassaresi VIII* (1980-1981) 380-405; volumen que contiene las actas del coloquio sobre «La cultura ibérica y el Derecho Romano», celebrado en la Universidad de Sassari (Cerdeña) por iniciativa del prof. Sandro Schipani en diciembre de 1980. Añadimos: *Atti del Convegno di Varenna* (junio 1979), sobre «Diritto Comune e diritti locali nella Storia dell'Europa», Giuffré, Milán 1980, y las *Actas del I Simposio Internacional del Insituto de Derecho Común*, Murcia, marzo de 1985, sobre «España y Europa, un pasado Jurídico Común», convocatoria y edición por Antonio Pérez Martín, Universidad de Murcia, Instituto de Derecho Común, 1986. Parcialmente reunida y o aún dispersa la obra de Ugo NICOLINI, Robert FEENSTRA, André GOURON y otros autores.

ción<sup>214</sup>. Un rescoldo de romanismo se conserva hasta el siglo XII en el Breviario alariciano y en sus Eptomes. La Recepción es preparada por dos textos estrechamente ligados con los libros de Justiniano: Las *Exceptiones Legum Romanorum* y *Lo Codi*, que por su simplificación técnica y por su idioma enlazan históricamente con la línea del derecho romano vulgar<sup>215</sup>.

La recepción romanista hunde sus raíces en el terreno de la Edad Media. La vigencia del libro visigótico de derecho en las versiones del

---

Sobre el *Ius Romanum Medii Aevi*, Giuffré, Milán 1961 ss., noticia en AHDE 66 (1966) 634 ss.; últimos fascículos recibidos: BRAGA DA CRUZ, sobre Portugal, y Ole FENGER, sobre Escandinavia, en 1981. Fallecido Ugo Nicolini en 1984 tiene un digno y activo sucesor. En marzo de 1988, con Gouron, hemos incorporado a D. B. Walters, de Edimburgo, que redactará el capítulo correspondiente a País de Gales e Irlanda. ¡Adelante el Nuevo Savigny! Su objetivo para España lo ha alcanzado José M.<sup>a</sup> FONT RÍUS, «La recepción del derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media», en *Recueil de memoires et travaux*, de la Sociedad de Historia del Derecho y de las instituciones de los antiguos países de derecho escrito, Universidad de Montpellier, 1967, t. VI, pp. 85-104.

214 UREÑA, *Historia de la Literatura Jurídica*, t. I, p. 294; R. ALTAMIRA, «Les lacunes de l'histoire du droit romain en Espagne», en *Melanges Fitting I*, Montpellier 1907, pp. 59-84; TORRES LÓPEZ, *Lecciones II*, p. 97; BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña I*, 1918, pp. 68-69, resume las teorías que se han mantenido en este punto; LARRAONA y TABERA, «El derecho justiniano en España», en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano II*, Bolonia 1933, 1934, pp. 85-182. Se impone una consideración regional del acontecimiento; Baleares, sin dominación visigótica y donde continúa el dominio bizantino hasta la tardía invasión musulmana, es también el territorio de más pura y absoluta tradición romanista. A. IGLESIA FERREIRÓS, «La Cataluña altomedieval y el Código de Justiniano», en *Revista Jurídica de Cataluña* 3 (1983) 619-641.

215 R. RIAZA, *Historia de la Literatura Jurídica Española*, apuntes, Madrid 1930; Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid 1944, pp. 4-17. El *Curso* de don Galo daba el merecido relieve a estos dos monumentos del derecho romano medieval, pp. 55-56, ed. 1980. Le he seguido en mis *Elementos*, pp. 66-69. Disponemos ahora de los *Scritti Giuridici Preirneriani* a cura de Carlo Guido MOR (1934), Bottega d'Erasmo, Turín 1980 (*Exceptiones Legum Romanarum* y libros relacionados). *Lo Codi en castellano*, ed. y estudio preliminar de J. A. ARIAS BONET, Universidad de Madrid, 1984 (cfr. mi correo académico 13.XII.84). Merece, también en este asunto, ser vindicada la obra de Rafael de Ureña. Tamassia, Besta, Solmi, Leicht (vid. supra, n. 212) han estudiado el derecho de la Precepción romanista. FLACH, «Le droit romain dans les chartes du IX<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècles en France», en *Melanges Fitting I*, 383-421, puso de relieve la aplicación del derecho romano en el período anterior a la Recepción.

Fuero Juzgo prolongaba la vigencia sustantiva de muchas instituciones romanas recogidas en sus leyes. Además el estudio interno del derecho medieval anterior a la recepción ha mostrado que su desarrollo propio e independiente le acercaba a las concepciones de la recepción. Concretamente, el proceso judicial anterior ofrecía un asidero seguro para la recepción, que vino a facilitar su normal desarrollo <sup>216</sup>. Cuando se atribuye el éxito de la recepción a circunstancias como la mayor complejidad de la vida económica, no se describe verdaderamente el desarrollo histórico-jurídico que tiene un cabal sentido en la utilización del derecho romano recibido para dar expresión a tendencias que latían ya en el derecho inmediatamente anterior.

Savigny veía la recepción romanista «nicht durch den Willen, sondern durch Notwendigkeit hervorgerufen»; una necesidad interna del derecho anterior <sup>217</sup>. Tampoco fue una causa, sino un medio, el estudio científico del derecho romano, con su centro en Bolonia <sup>218</sup>. Pues ya alentaba

216 1947: Si por este lado la Recepción romanista hunde sus raíces en el terreno de la Edad Media, no todo en ésta es ajeno a una continuidad romana. Tenemos, en primer lugar, la vigencia del cuerpo de legislación visigótica, en forma de *Liber Iudicum* o de Fuero Juzgo. Pero, además, el estudio interno de las instituciones ha demostrado en algún caso que su desarrollo propio e independiente de la recepción romanista las acercaba a las concepciones de ésta. Concretamente... (Nota: J. LÓPEZ ORTIZ, «El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica», en AHDE 14 [1943] pp. 283-284). Claro es que la Recepción aporta nuevos elementos al proceso y, por ejemplo, un verdadero procedimiento ejecutivo no se configura hasta después de ella. Parécenos en definitiva que cuando...

217 1947: En la clásica frase de Savigny acerca de la recepción romanista (*Geschichte* III, 76, 80, cit. por FUETER, cit., supra en n. 2, p. 274)... nos gustaría precisar y seguramente ya está en el texto: una necesidad interna del propio derecho anterior. Añadido: Herman CONRAD (loc. cit., supran, n. 149, p. 274) ha insistido en este aspecto de la doctrina de Savigny, del que se apartó Jacobo Grimm y parte de la Germanística ulterior: «Culminaba la doctrina de Savigny en la proposición de que el derecho romano, a través del proceso histórico de la Recepción, ha llegado a ser el derecho del pueblo alemán. No el azar ni la arbitrariedad, sino un continuo ejercicio, creciente a través de los siglos, convirtió al derecho romano en derecho de Alemania».

218 La impresión del carácter práctico y profesional del estudio del derecho se acentúa por las noticias de escuelas locales modestas y numerosas, de las que da un ejemplo A. GOURON, «Canonistes et civilistes des écoles de Narbonne et de Beziers», en *Monumenta Iuris Canonici. Subsidia*, vol. 5, Vaticano 1976, pp. 523-536.

en sectores de ese estudio un propósito práctico. Lo que hizo entonces la ciencia romanista fue presentar a su época el «sistema perfecto» del derecho romano como un modelo; no de otro modo a como hoy ofrece la visión de un «proceder perfecto»<sup>219</sup>. Quizá a la necesidades del derecho anterior a la recepción hubiera convenido también el ejemplo de un «proceder histórico perfecto». Precisamente el dogmatismo hacia el cual evolucionó pronto el derecho de la recepción la hizo pesada y a veces asfixiante para el desenvolvimiento normal de los derechos nacionales<sup>220</sup>.

Spengler califica el hallazgo de las Pandectas como una desgracia del derecho europeo<sup>221</sup>. Los derechos europeos —germánicos, natural-

---

219 1947: No de otro modo a como según d'Ors... debe ofrecer... Nota: *Presupuestos críticos*, pp. 20 ss. El mismo, «Los romanistas ante la actual crisis de la ley», en *O crece o muere*, Rialp, Madrid 1950; ahora en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*; Cuadernos... de Roma, CSIC, Madrid 1973, I; la misma idea acerca del valor formativo y la eficacia crítica del derecho romano respecto al gobierno, se encuentra en otros muchos lugares del mismo autor que seguimos.

220 F. CLEMENTE DE DIEGO, en prólogo a Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte*, p. XV, se refiere a la opinión tradicional en España, según la cual el derecho romano impidió el desarrollo de un derecho nacional, «en el resumen que hacía en cátedra el señor Pisa Pajares, como en el que expone el señor Laverde, figura el argumento de haber estrechado e impedido el derecho romano el desarrollo del derecho nacional de España, tal como se iba configurando y alcanzando expresión formal en los fueros». En sentido abiertamente contrario al derecho romano, el prólogo de ASSO y DE MANUEL, a sus *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 6.ª ed., Madrid 1805. Diferentemente, Juan de Sala, en sus *Instituciones y Digesto Romano Español* (1790, 3.ª ed. 1805) y en su *Ilustración del Derecho real de España*, 4.ª ed., Madrid 1834 (1.ª en 1820), defiende la vinculación entre ambos estudios. Sobre la cuestión en el siglo XVIII, Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte*, pp. 90 ss.

221 1947: En este punto sí hay que dar la razón en parte a SPENGLER, que (en *La Decadencia de Occidente*, trad. de M. García Morente, t. III, Espasa-Calpe, Madrid 1934, pp. 110 ss.) muestra la más violenta antipatía (Violenta te parecía, como si por ser violenta fuera peor la antipatía. Hoy has caído en la cuenta de que eso bueno tenía). Si era un punto, dale toda la razón. Este grande y hermoso libro, caído hoy en absoluto descreído, y del cual dio una clara noticia José M.ª Salaverría en *ABC*, Madrid, 12 octubre 1923, fue objeto de una reacción coincidente, igual que en otros temas, de los dos coetáneos Eugenio d'Ors y José Ortega, que es curioso observar en lectura paralela. Para una historia concebida como historia de libros constituye un monumento, aparte lo que pueda transmitir sobre Grecia, el Imperio Romano o el Islam, relativo a un lugar y un momento precisos: Alemania y 1918.

mente— llevaban un desenvolvimiento normal que la recepción romanista vino a entorpecer, anulando muchas posibilidades que yacían en ellos; y la cultura jurídica europea es, por lo tanto, troncada e incompleta. Esta posición es más significativa si se considera que ese derecho no era solamente germánico. Quizá fue demasiado fuerte la avalancha bizantina sobre una tradición románica más pura y directa. Hay que reconocer algún exceso en la recepción, como la idea de los juristas de aplicar a vasallos medievales, libres, aunque en el orden inferior de la libertad, normas de la esclavitud y del colonato romano del Bajo Imperio, impregnado de esclavitud <sup>222</sup>. Cuando se pondera la superioridad técnica del derecho romano justiniano, no debe olvidarse que en otros aspectos era notoriamente inferior. Basta indicar la influencia ejercida en el derecho político por los principios del poder absoluto y de la irresponsabilidad del príncipe, y en el procedimiento penal con la introducción de la tortura <sup>223</sup>.

La historia del derecho, aparte de esa actitud valorativa, estudia la recepción en la medida en que alguien (legislador, juez o maestro) formula un derecho, nuevo en algún sentido, sobre la base doctrinal romana, así como la vigencia de los mismos institutos romanos.

La turba de legistas que alteraban la práctica de los tribunales encontró una respuesta en la legislación regia y de las cortes que prohíben el abuso de las alegaciones de literatura jurídica <sup>224</sup>. «La difusión de los saberes

---

222 HINOJOSA, «La servidumbre de la gleba en Aragón», en *Obras I*, pp. 242-243. La esclavitud, por otra parte, es institución primitiva, o sea, tendencia permanente; cuando desaparece el derecho de esclavitud tenemos simplemente esclavitud sin derecho, y aun cosas peores.

223 HINOJOSA, «Influencia (de)... los filósofos y teólogos españoles», en *Obras I*, pp. 59-60 y 135; sobre los aforismos *quod principi placuit legis habet vigorem y princeps legibus solutus est* y sobre la tortura. Cfr. H. KRAUSE, *Kaiserrrecht und Rezeption*, Winter, Heidelberg 1952; res. FEENSTRA, en TRG 22 (1954) 363-375. A estas objeciones habría que objetar. No es seguro que la tortura, obvia según Fiorelli, sea su causa; abolida, no tenemos derecho de tortura, sino tortura sin derecho; igual que con la guerra.

224 M. A. PÉREZ DE LA CANAL, «La pragmática de Juan II, de 8 de febrero 1427», en AHDE 26 (1956) 659-668. Desde 1427 a 1505 (Leyes de Toro) la oposición legal al derecho romano es creciente, pero también la admisión de la literatura romanista. Por casualidad, yo había conocido el texto de esta ley en el Ms. 13.259 de la Biblioteca Nacional de Madrid, del que transcribo el párrafo pertinente de la ley en el mismo Anuario 25 (1955) p. 707,

jurídicos romano-canónicos, su preponderancia sobre los usos jurídicos indígenas y aún sobre la legislación incipiente debida a los monarcas, son causa de que se intente contra la invasión alguna medida. Al pueblo le disgusta sobremanera que se aleguen en los tribunales largas tiradas de autores y textos que dilatan los pleitos y encarecen las costas» <sup>225</sup>.

Notable paralelismo guarda la recepción romanista y la previa romanización de los territorios. En Cataluña, donde se recibirá formalmente el sistema de fuentes romanas y alcanzan plena vigencia sus textos, había sido intensa la cultura jurídica antigua, y los Usatges de Barcelona son reelaborados con literatura romanista <sup>226</sup>. En Castilla la recepción se verifica a través de una legislación regia que se interpone en el proceso y le da un especial carácter; pero las Partidas son fundamentalmente un monumento del derecho común <sup>227</sup>. En Navarra más tardía y menos

---

nota 12. La Historia del Derecho convencional utiliza este código como fuente histórica, como depósito de documentos. La HD como H de los LLJ, o mejor, el Antiguo Derecho mirará en ese código el monumento, el libro del reinado de Juan II, como en su doble título se expresa: *Ordenanas, leyes y otros documentos del reinado*, que comienza con lo que fue su fundamento jurídico: el testamento de Enrique III, y se demuestra la falacia con que se ha confundido aquella concepción con la, por otra parte, estimable Historia de la Legislación, y Registro de *Leyes y Pragmáticas*, el último de cuyos textos es un tratado internacional, no ley, pero jurídico, en cuanto lo sea ese Derecho, u Organización (mi correo académico 19.IV.85).

225 Fray José LÓPEZ ORTIZ, *Prólogo al Código de Derecho Canónico*, cit. infra, n. 258, p. XXXIII.

226 Julius FICKER, *Sobre los Usatjes de Barcelona y sus afinidades con las Exceptiones legum romanorum*, Barcelona, Facultad de Derecho, Bosch, 1926 (primera de las «publicaciones» debidas a la iniciativa de don Galo Sánchez en aquella cátedra). Hinojosa sostiene que la aplicación del derecho romano en Cataluña no debió de interrumpirse nunca: «La reception du droit romain en Catalogne», en *Melanges Fitting II*, 393, ahora en sus *Obras II*, 1955, «La admisión del derecho romano en Cataluña», pp. 387-404. Angel LATORRE, «El derecho romano como parte de la tradición jurídica catalana», en *Libre del II Congrès Juridic Catalá*, 1971, Barcelona 1972, pp. 203-214.

227 «Libro central del Antiguo Derecho», en ADE. El «magno trabajo» de precisar las fuentes de las Partidas fue enunciado por Pío BALLESTEROS, en unas breves páginas de la RCJS I (1918) 542-547, donde se unen los nombres de Rafael de Ureña y Bonilla San Martín. El *Curso* de don Galo indica la cuestión en el perfecto capítulo que dedica a este libro de derecho: «sus fuentes numerosas y variadas» (*Apuntes* de 1925, p. 159). El mismo en la II Semana de HDE, 1948, abre una nueva etapa, al situar la Tercera Partida en el centro de la obra lite-

aparente la recepción fue muy efectiva y constante por el camino de la práctica <sup>228</sup>. La penetración del derecho romano en Aragón ha sido

---

raria de Jacobo el de las Leyes, cfr. AHDE 19 (1948-1949) 872. Revisión acabada y nuevas perspectivas por A. GARCÍA GALLO, en tres momentos; monumentos: «El libro de las leyes de Alfonso el Sabio», en AHDE 21-22 (1952) 345-528; «Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X», ib. 46 (1976) 609-670; «La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis», ib. 54 (1984) 96-161; que encuentra complemento y a veces réplica en la copiosa y sutil producción de A. Iglesia Ferreirós, «Alonso X el sabio y su obra legislativa», ib. 50 (1980) y «La labor legislativa de Alfonso X el Sabio», en *España y Europa*, cit., supra, en nota 213, pp. 275-610, volumen del que también interesan otros títulos, y especialmente el de A. GARCÍA GARCÍA, «La tradición manuscrita de las Siete Partidas», pp. 655-699. Al establecimiento del modelo romano y su elaboración por los redactores de las Partidas se dirigía la tesis doctoral de R. ZURITA CUENCA (Granada 1955), sobre Fuentes, de la que se ha publicado un capítulo: «Títulos de las Partidas y del Corpus Iuris Civilis», en RFDUMadrid, n. mon. dedicado a Alfonso el Sabio, 1985, pp. 129-155. Sobre la admisión del derecho romano en las Partidas, el estudio de J. ARIAS RAMOS y J. ARIAS BONET, «La compraventa», en *Centenario de la Ley del Notariado II*, Madrid 1965, y la serie de estudios del segundo, en AHDE 31 (1961) y ss.; por último, «Sobre presuntas fuentes de las Partidas», en RFDUMadrid, mon. 9, 1985, pp. 11-23. También, M. J. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio uxorio en las Partidas», en *Studi Volterra IV*, t. IV, Giuffrè, Milán 1969, pp. 209-216; «El comodato en las Partidas», homenaje A. OTERO, Compostela 1981, pp. 89-101. A. IGLESIAS FERREIRÓS, «¿Azo de Bologna ou Azo de Lambertazzi?», en AHDE 55 (1985) 749-752, revisa la leyenda sobre la imposible participación personal de Azo en la redacción de las Partidas, mientras que el paso del segundo por España abona al menos la frecuencia de obras del derecho común en la época de redacción de las Partidas. Frank SOETERMEER, «Un professeur de l'Université de Salamanque au XIII<sup>e</sup> siècle: Guillaume d'Accurse», ib., pp. 753-765. Para la admisión del Derecho Romano en España han de ser decisivos los trabajos realizados y en curso, del Dr. Antonio Pérez Martín, cfr. su «Proyecto de un *Corpus Iuris Hispanorum*», en AHDE 51 (1981) 859-862; «El Fuero Real y Murcia», ib. 54 (1984) 55-96; «Las glosas de Arias de Balboa al Ordenamiento de Alcalá», en *Festgabe Helmut Coing*, Klostermann, Francfort 1982, pp. 245-292; «El Ordo iudiciarius ad summarium notitiam», en *Historia, Instituciones. Documentos* 8 (1981) 195-266 y 9 (1983) 1-97; aparte de su catálogo de colegiales españoles en Bolonia, *Proles Aegidiana I-IV*, Bolonia 1979, que a su tiempo apreció en *Arbor*, rev. del CSC, t. CV, 412 (abril 1980) 101-106.

<sup>228</sup> HINOJOSA, en su *Historia del Derecho Romano II*, 1885, pp. 291-292, *Obras III*, pp. 355-356, dice que aunque menos intensa que en otros reinos de la Península, la Recepción siguió en Navarra idéntico camino; pero en *Elemento Germánico*, 1915, *Obras II*, p. 411, sostiene que el derecho de Navarra se ha conservado libre casi en absoluto del influjo del romano y del canónico. LACARRA, «Sobre la recepción del derecho romano en Navarra», en AHDE 11 (1934) 457-467, demuestra que el derecho romano se introdujo mediante la prác-

menos estudiada, atraída la investigación por el peculiar derecho de los Fueros, que no comprenden, sin embargo la totalidad del ordenamiento jurídico, especialmente en el campo del derecho privado <sup>229</sup>. Valencia y Mallorca, incorporadas a la civilización cristiana medieval en pleno apogeo de la cultura romanista, inician sus respectivos derechos, sin resistencia de una tradición jurídica anterior, sobre el derecho romano <sup>230</sup>.

---

tica notarial. El elemento romano en la tradición jurídica navarra ha sido apreciado por los notarios Javier NAGORE, «Il vigore del diritto romano in Navarra», en *Bollettino Informativo del I.G.S. in Roma*, XI, 40-43 (1963) 18-23, y Juan GARCÍA GRANERO, «Estudio sobre el capítulo 3.20.6 del Fuero General de Navarra: un texto recibido del derecho romano», en AHDE 46 (1976) 225-343; J. LALINDE, «El sistema normativo navarro», en AHDE 40 (1970) 85-108, concluye: «el normativismo historicista navarro es de raíz popular, procediendo a la recepción del derecho común en el siglo XVI por reacción anticastellana, y sin auténticos precedentes anteriores». Advierto que Lalinde tiene un lenguaje propio, en el que *norma* y derivados revelan una especial intensidad.

229 HINOJOSA, *Historia del Derecho Romano* II, 1885, pp. 282-284; «Influencia que tuvieron en el derecho público...», en *Obras I*, p. 58; *Vidal Mayor, traducción aragonesa de la obra In excelsis Dei Thesauris de Vidal de Canellas*, editada por G. TILANDER; mi reseña en AHDE 27-28 (1957-1958) 1242. A. GARCÍA GALLO, «Sobre las Observancias aragonesas de Jaime de Hospital», en AHDE 48 (1978) 565-575. Mi reseña en *Revista de la Universidad Complutense*, 1980-1981, p. 96.

230 (Sobre la decisiva participación del derecho romano en la formación del derecho de Valencia no conocemos un estudio especial). Ver Juan BENEYTO, «Sobre la recepción del derecho romano en Valencia», en *Melanges Altamira*, Madrid 1936, pp. 241-245 (ref. FONT RÍUS, loc. cit., supra, nota 27). *Fori Antiqui Valentiae*, ed. crítica por Manuel DUALDE SERRANO, al cuidado de Antonio UBIETO, Madrid-Valencia 1950-1967; res. M. Peset, en AHDE 37 (1967) 581-592: «en donde se plasma la recepción del derecho común». *Furs de Valencia* I-II, ed. por COLÓN y GARCÍA, Barcino, Barcelona 1970, 1974; res. PESET, ib. 42 (1972) 810-813, 46 (1976) 791-792. J. LALINDE, «El sistema normativo valenciano», en AHDE 42 (1972) 307-330. Juan GARCÍA GONZÁLEZ, «La adopción en el derecho valenciano», en *Estudios de Historia de Valencia*, Universidad, 1978, 11-21.

El derecho romano es fundamentalmente el derecho de Baleares. R. GIBERT, «Baleares y el derecho romano», en *Nuestro Tiempo* 89 (1961); «Baleares», en ECE I, Ed. Nacional, 1963, pp. 640-644. Destaca la concisa precisión de las secciones correspondientes en el *Curso* de don Galo. El manejo y lectura de las fuentes se refleja en las pp. 112-122, 372-381 de mi HGDE, Granada 1968, con el añadido de la importante compilación de 1622, conocida entonces a través del resumen de Antonio Maura, en su prólogo al vol. de la *Biblioteca Judicial*, sólo más tarde en una copia preparada para la imprenta; siempre con la omisión de Menorca e Ibiza, que tienen propia entidad. Baleares ha encontrado por fin su historiador del derecho

La recepción no es un fenómeno exclusivamente medieval. La formación de los juristas tiene por base durante toda la Edad Moderna el derecho romano; los letrados adquieren un papel creciente en los Tribunales y Consejos. En todas las ramas del derecho prosigue durante la Edad Moderna la captación de los principios romanos tal como fueron reelaborados por la ciencia romanista europea en su desarrollo histórico, que refleja las fases cambiantes del pensamiento, pero siempre con una notable fidelidad al uso itálico medieval <sup>231</sup>.

En el siglo XVIII hay una reacción contra el romanismo, fenómeno complejo, en el que forman parte el absolutismo monárquico, el espíritu de la ilustración, el racionalismo filosófico y el sentimiento nacional; la forma positiva que adquiere un fenómeno de decadencia es la orden de que las Universidades se estudie el derecho real. La decadencia de los estudios de derecho romano, relacionada con una decadencia más general de los estudios clásicos, provocó la cesación de aquella influencia que había ejercido desde la Edad Media el derecho romano, no sólo en la formación del derecho sino en la organización y el pensamiento del anti-

---

y las instituciones en el catedrático de la asignatura don Román PIÑA HOMS, del cual la obra más reciente, *La creación del derecho en el Reino de Mallorca*, eds. Cort, Palma 1987, con bibl.

231 Vid. ahora: Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Ruprecht, Gotinga 1952; 2.ª ed. reelaborada, 1967. G. ERMINI, *Corso di diritto comune. I. Genesi ed evoluzione storica*, 2.ª ed., Milán 1946; mi reseña en *Anuario de Derecho Civil*, INEJ, I, Madrid 1948, pp. 601-602. A. d'Ors ha mantenido la posibilidad de integrar el estudio del derecho común en las instituciones del derecho privado romano. En 1936 aparecen las *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, dirigidas por Franz BEYERLE, con KUNKEL y THIEME. De esta obra, monumento inacabado, arranca la nueva disciplina, «historia del derecho privado en la edad moderna». Allí, Kunkel, en un escrito muy importante sobre el estado de nuestros estudios, señaló la nueva dirección de trabajo: «La recepción del derecho romano es la piedra angular de la historia moderna del derecho privado en Alemania; su investigación y exposición, por ello, una de las más apremiantes tareas que las exigencias del presente proponen a la historia del derecho». Ha correspondido en la mayor medida a Wieacker la realización de esa tarea, de la que ha marcado los límites conceptuales en «Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte», en *Eranion für S. S. Maridakis I*, Atenas 1963, pp. 339-366. Erich MOLITOR, *Grundzüge der neuen Privatrechtsgeschichte*, Müller, Karlsruhe 1949; mi res. en *ADC III*, 3 (1950). Adriano CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milán 1979; mi res. en *Arbor*, CVII, 419 (noviembre 1980) 251-258.

guo régimen <sup>232</sup>. Pero todavía el problema que se plantea en el siglo XIX en torno a la codificación y los derechos forales es un problema de vigencia del derecho romano aunque la propia época no lo supo ver <sup>233</sup>.

---

232 Román RIAZA, «El derecho romano y el derecho español en Castilla durante el siglo XVIII», en *RCSJ* XII (1929) 104-124. Helmut COING, «Las facultades de derecho en el siglo de la Ilustración», en *RFDUM* Madrid XV, 42 (1971) 473-491. M. PESET, «Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII», en *AHDE* 45 (1975) 273-339. B. CLAVERO, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», *ib.* 48 (1978) 307-334. Gibert, «Compendio de Partidas, por Vizcaíno Pérez (1795)», en *Festschrift Helmt Coing* I, Beck'sche Verlag, Munich 1982, pp. 77-91.

1947: Los romanistas exageran cuando atribuyen la decadencia (del estudio del derecho romano) al enciclopedismo y al afrancesamiento. (Alusión, sin duda, a A. d'Ors, que en sus *Presupuestos Críticos* —mi res. en *Arbor* II, 4-5, 1944, 161-163—, p. 15, aludía a estos factores). Sería sorprendente que el estudio del derecho romano en las universidades españolas del 700 en adelante (de lo que, por supuesto, no sabía nada; quizá sea necesario distinguir territorios; la figura de Finestres y sus continuadores, mi *Ciencia Jurídica Española*, pp. 24-25 y 63-64, ha de tenerse en cuenta). La disposición de Carlos III en 1700, introduciendo el estudio del derecho real en las Universidades, tiene un precedente en la ley 2.<sup>a</sup> de Toro. (Mejor, tal vez, que de épocas, tendríamos que hablar de constantes que las atraviesan).

233 1947: Pero el derecho nacional estaba fuertemente romanizado, y además en la reelaboración verificada en el siglo XIX, a través de la influencia francesa, recibió nuevas aportaciones romanas. El romanismo español del siglo XIX, a partir de Sala y Bañuls (1753-1806); ofrece los nombres de García Goyena (1783-1855), Gómez de la Serna (1806-1889), Pisa Pajares, Fabio de la Rada y otros, apenas recordados; la sucesiva difusión del Vinio, el Heinecio y el Ortolán; la influencia de Savigny y Jhering, todo lo cual requiere todavía un tratamiento de conjunto; resumen de una comunicación al XVII<sup>te</sup> Deutscher Rechtshistorikertag, en Munster, 1968 (mi res. en *Patria*, Granada 19.XI) sobre «La Escuela Histórica en España» (ib. 28-29), y mi «Jhering en España», en *Jherings Erbe*, hsg. Wieacker y Wollschläger, Gotinga 1970, 40-67. Me ha alegrado aprender, en Scholz, «Acerca de la historia del derecho en España y Portugal» (separata), que este trabajo mío es «tan citado en Alemania», como su justo juicio acerca de mi *Ciencia Jurídica Española*, «mera reunión de datos externos y en el mejor de los casos una paráfrasis de las obras más salientes»; a nada más aspiro; lo que suelen decir sus admirados son las personales ocurrencias e ideas geniales de sí mismos. Y le llaman Historia; nada quiero con ella; erudición la sola venerada. JIMÉNEZ, «Lo studio del diritto romano in Spagna», en *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano* «Vittorio Scialoja», 1900. Caldarero, «La storia del diritto romano in Spagna», en *Annuario dell'Istituto di Storia del Diritto Romano*, Catania 1901-1902 (ref. Martín, en *AHDE* 19, 1949, 633).

## EL ELEMENTO GERMÁNICO

## 32. La germanística

Fue en la historia del derecho germánico donde se precisaron los objetivos y los términos de la historia del derecho nacional <sup>234</sup>. La Germa-

---

234 Sobre el desarrollo inicial: Frensdorff en *SZ Germ.* 29 (1908). Una introducción: M. SCOVACCI, *Lo origini del diritto germanico. Fonti. Preistoria, Diritto Público*, Giuffré, Milán 1957. Hay una segunda edición póstuma. Gran obra de un autor malogrado.

El estudio de los Germanos arranca de Tácito, que compuso *La Germania* hacia el año 97; esta obra permaneció ignorada hasta mediado el siglo XV (Colección Universal, Madrid 1932). En 1519 fue editada por Beatus Rhenanus; despertó vivo interés por la historia patria entre los humanistas alemanes. Testimonio anterior, los *Comentarios de la guerra de las Galias*, por Julio César (ib. 1919). Para una erudición más refinada, consulten a los filólogos. Celtés y Cuspiniano fomentaron el interés por la Germanística con sus respectivas ediciones de Tácito y de la Historia Gótica de Jordanes. Sobre el fundador del Germanismo jurídico: Ernst von MOELLER, *Hermann Conring (1606-1681) der Vorkämpfer des deutsche Rechts*, 1915 (Wieacker, PRGN <sup>2</sup>, 1967, p. 2); su obra *De origine juris Germanici*, 1643. En 1808 aparece el primer volumen de la *Deutsche Rechtsgeschichte*, de Karl Friedrich EICHHORN; en 1823, el vol. 4.º: «De ningún modo era mi intención examinar en su conjunto las antigüedades jurídicas; pretendía, mediante la historia política y a través de la historia externa e interna del derecho obtener un fundamento histórico seguro *para la práctica actual*» (la cursiva es nuestra; un ilustre abolengo para la orientación jurídica, en nuestra Facultad, de dicha asignatura). Eichhorn, anterior al siglo XIX, en el que la Germanística se vio sometida a concepciones políticas y sistemáticas contemporáneas, es una figura en cierto modo inmune a la crisis actual del Germanismo. BADER, *Die Aufgabe un Methoden des Rechtshistoriker*, Mohr, Tubinga 1951, considera que la futura elaboración de la historia del derecho ha de aproximarse al modelo de Eichhorn, cuya figura ha sido exaltada por Adalbert ERLER, «Eine unbekannte Niederschrift nach Eichhorns Vorlesung *Deutsche Geschichte und Rechtsaltertümer*», en *SZ Germ.* 66 (1948) 537-540. J. F. von SCHULTE, *Karl Friedrich Eichhorn. Sein Leben und Wirken*, Stuttgart 1884. La Germanística, que ya en Jacobo Grimm había mirado hacia España, emprendió el estudio del derecho español por HELFERICH, *Entstehung und Geschichte des Westgothen Recht*, Berlín 1858, que comprende también el estudio de los fueros municipales. Sobre Eichhorn: K. JELUSIC, «Die historische Methode K. F. E.», Viena 1936; res. de H. Thieme, en *SZ Germ.* 57 (1937) 697-701; (1781-1854); prof. en Gotinga, 1803 y 1817-1829; en Frankfurt a. d. Oder, 1805, Berlín 1811. Su escrito inaugural: «Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts», en la *ZGRW* 1 (1815) 124-146; traducción en *La Escuela Histórica*, comp. por R. ATARD, Suárez, Madrid 1908. Germanistas: Heinrich

nística orientó a los investigadores con unas preguntas que hicieron hablar a las fuentes medievales españolas. Las «fazañas y los usos desaguaisa-

---

BRUNNER (1840-1915), la edición de su DRG, por von Schwerin, res. por Rubio, en AHDE 5 (1928) 486-489; de sus *Grundzüge*, por el mismo y por Valdeavellano, en 7 (1930) 537-539; Karl von Amira (1848-1930); necr. en AHDE 8 (1931) 588-591; George VON BELOW (1858-1927), necr. por Carande, ib. 4 (1927) 518-525; Konrad Beyerle (1867-1933), necr. por L. G. de Valdeavellano, ib. 10 (1933) 545-547; Ernesto Mayer (1870-1932), necr. ib. 10 (1933) 539-541; Ulrich Stutz (1868-1938), Friedrich Keutgen (1861-1936) y Andreas Heussler (1865-1940), necrs. por J. LÓPEZ ORTIZ y José ORLANDIS, en AHDE 13 (1936-1941) 494-499. Mención merece el austriaco-italiano Francesco SCHUPFER por su *Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia, 1907-1915*: res. Brandileone, ib. 3 (1926) 585-59. Eugen WOHLHAUPTER fue dado a conocer por Riaza, que pone de relieve sus aportaciones a la HDE en sus estudios de índole general o alemana, cfr. reseñas en AHDE 7 (1930) 531-532; 8 (1931) 515-523 (no sólo por su objeto, el juego en España, sino por su visión de las fuentes medievales), 534-536, 548-551; 9 (1932) 421-423, y 10 (1933) 649-652, sobre sus *Studien zur Rechtsgeschichte des Gottes- und Landfrieden in Spanien*, Heildelberg 1933. GARCÍA GALLO reseñó su estudio sobre los Fueros de Aragón en AHDE 14 (1942-1943) 649-652. Wohlhaupter prestó un último servicio a las relaciones científicas hispano-alemanas en su reseña sobre bibliografía entre 1935-1939, que salvaba el vacío producido por la guerra, en AHDE 13 (1939-1941) 464-488, donde también se encuentran reseñas de la producción portuguesa, francesa e italiana del período. Su necrología, por H. Mitteis en SZ Germ. 65 (1947) 454-463. Reseña de la producción alemana por H. FEINE, en AHDE 20 (1950) 801-824. Sobre Hans PLANITZ, el prólogo de A. GARCÍA GALLO a sus *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch, Barcelona 1957; y el mismo, «La historiografía jurídica contemporánea. Observaciones en torno a la *Deutsche Rechtsgeschichte* de Planitz», en AHDE 24 (1954) 605-634. He intentado mantener la comunicación con la Germanística en mis reseñas de la *Savigny Zeitung*, Germ. 64 (1944), 65 (1947), 66 (1948); 67 (1950), en AHDE 19 (1948-1949) 694-707, 20 (1950) 849-859 y 21-22 (1951-1952) 1346-1354, y de otras obras: Adolf Zycha, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit*, Simons, Marburgo 1949; Theodor MAYER, *Fürsten und Staat. Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Mittelalters*, Bohlaus, Weimar 1950; Heinrich MITTEIS, *Die Krise des deutschen Königswahlrecht*, Munich 1950; Wilhelm NEUSS, *Die Kirche des Mittelalters*, Bonn Rh. 1950 (trad. al español, *La Iglesia en la Edad Media*, Rialp, Madrid 1961), ib. 20 (1950) 834-838; 21-22 (1951-1952) 1338-1346; Hans PLANITZ, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Springer, Berlín 1949; Erich MOLITOR, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Karslsruhe Müller, 1949; Heinrich MITTEIS, *Deutsches Privatrechts*, Becj'sche, Munich y Berlín 1950, en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid, INEJ) III, 4 y IV, 3 (1950, 1951). Peter RASOW, *Der Prinzgemahl. Ein pactum matrimoniale aus der Jh. 1188*, Weimar 1950, en TJR 22 (1954) 212-216; Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte* I, bis 1250, Rowoohl, Hamburgo 1972, sobre textos selectos, en *El Faro de Motril*, Correo académico. Lugar de honor merece el malogrado Angel LÓPEZ AMO con su esplén-

dos» se vieron por fin integrados <sup>235</sup> en el curso de la historia, con un sentido que no era ajeno al desarrollo total de nuestro derecho, y que significaba quizá su más genuino esfuerzo creador. Que no todo lo que el germanismo ha encontrado sea elemento germánico constituye su mayor mérito. Que la crítica desmonte a una todas sus construcciones, no impedirá que a la Germanística se le deba el mayor impulso en la investigación de las instituciones medievales <sup>236</sup>.

---

didada reseña de Heinrich MITTEIS, *Das Staat des hohen Mittelalters*, Böhlau, Weimar 1940, en AHDE 14 (1942-1943) 694-701, y por su traducción y estudio preliminar a Fritz KERN, *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, Rialp, Madrid 1955. S. ARCILLA informa en AHDE 48 (1978) 687-688 acerca de Bernardino BRAVO LIRA, «*Iudex Gothorum*», en *Revista de Valparaíso*, 1977, y el derecho gótico más antiguo. Antonio MERCHÁN, en HIDRA.

235 1947: En lo que va dicho acerca del elemento romano se contiene implícita una posición ante el problema del elemento germánico. Es preciso reconocer la recta dirección científica que de la Germanística han recibido nuestros estudios, puesto que fue en ese campo donde se señalaron los objetivos y los términos de la historia del derecho nacional (nota: En BENEYTO, «Notas sobre el origen de los usos comunales», en AHDE 9 [1932] 33-49, puede contemplarse la evolución de la Germanística de Eichhorn a von Schwerin, en torno a una figura concreta; la obra de Dopsch tiene una gran significación crítica. Hoy 1.VI.89, San Segundo, me cumple declarar la admiración y reconocimiento para este monumento de información y aguda crítica, enraizada en la tradición germánica y europea de nuestra disciplina, de juvenil maestría y ejemplar no sólo respecto a su objeto particular, sino también de un mérito no después superado conceptual y metódico) y también el núcleo de sugerencias que ofreció al investigador encaminándole entre nuestras fuentes medievales con unas preguntas que hicieron hablar a las fuentes. Las «fazañas y los usos desaguizados, el *ius asinum et sine ratione*, fueron por fin integrados...».

236 El proceder típico de la Germanística se pone de manifiesto en el estudio de BRUNNER sobre el origen del derecho de retorno (*Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts*, Stuttgart 1894). La literatura francesa había atribuido origen romano al *droit de retour* (art. 747 del *Code Civile*). Brunner demuestra que esa figura está en el antiguo orden consuetudinario, antes de la recepción romanista. ¡Luego era germánico! Sobre esta bismarckiana seguridad se apoyaba la Germanística. Una visión más profunda de la continuidad histórica ha mostrado que el derecho romano es un factor constante de la civilización. La Germanística está herida de muerte, o, más exactamente, está muerta; es un glorioso pasado. Los lamentos no la resucitarán. Pero los germanistas son nuestros mayores; algo, mucho, nos dicen todavía del pasado. Deben ser estudiados si han de ser superados, pues nada hay más peligroso en la historia de la cultura que la superación de lo que se ignora. Pondremos siempre las obras de los germanistas sobre nuestra cabeza. Reafirma los puntos de vista de la Germanística: Fritz WERULI, *Die mittelalterliche Bauernsfreiheit, Die Gemeinfreien der*

Anteriormente al contacto con la Germanística, se supone que el elemento germánico está representado en la Península por la legislación visigótica, y que su supervivencia medieval va ligada a la utilización del *Liber Iudiciorum* en los reinos de la Reconquista. Incluso Martínez Mariana permanece en esta idea, aunque ya para él el contenido nacional de nuestro derecho no está solamente en el Fuero Juzgo sino principalmente en los cuadernos del derecho municipal <sup>237</sup>. Más tarde los escritores alemanes se remontan para conocer su propio derecho a etapas más antiguas que aquéllas en que los pueblos germánicos fueron entrando en el círculo de la civilización romana y abandonaron en cierta medida sus peculiares costumbres sociales y jurídicas, a reconstruir las cuales y a depurarlas de toda contaminación romana se dedicó una labor en la que hubo tanto conocimiento como entusiasmo. La pasión por lo germánico condujo a una radical deformación de la historia que a partir de un momento tenía como elemento sustancial aquella contaminación. El germanismo continuó elaborando el derecho germánico a diferencia del derecho romano. Lo que también en el derecho germánico hay de balbuceo y primitivismo, de expresión defectuosas y de etapas superadas por el derecho romano, aparecía por contraste con éste como lo propio y original. El haber sido reconstruido mediante fuentes tardías, en las que tanto se reflejaba el movimiento ascendente del germanismo como el descendente de

---

*Frühmittelalters, Zur Frage der Markgenossenschaft, Der Hof Benken und die Entstehung der Gemeinden*, TGrudbach SG, Suiza 1961. Sobre el derecho medieval escandinavo, nuevas ediciones y estudios: *Das Jütsche Recht. Aus dem Altdänischen übersetzt und erläutert* por Klaus von SEE, Weimar, Böhlau, 1960; res. Kalife, en RHDfE 40 (1960) 275-276. W. SCHLESINGER, *Mitteldeutsche Beiträge zur deutschen Verfassungsgeschichte des Mittelalters*, Gotinga 1961; el mismo, *Beiträge zur deutschen Verfassungsgeschichte des Mittelalters*, ibidem, 1963; res. RHEccle., Lovaina, 59, 1 (1964) 223-224.

237 F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, libro III in fine: «fueros municipales, monumentos preciosos en que se contienen los puntos más esenciales de nuestra jurisprudencia y derecho público de Castilla» (ed. BAE I, 1965, p. 65) de donde arranca la exposición de su contenido en los libros siguientes, tradición que viene a ser interrumpida por el influjo romano-cánónico y civil de las Partidas. Vid. ahora: Ana M.<sup>a</sup> BARRERO, «Observaciones al estudio de los Fueros», en *El Fuero de Santander y su época. Actas del Congreso Commemorativo de su VIII Centenario*, Santander, Diputación, 1989.

la romanidad, hizo que se tomase como genuinamente germánico mucho que es sólo decadencia y desvirtuación de instituciones romanas <sup>238</sup>.

Cuando la Germanística se pone en contacto con parte de nuestras fuentes medievales ilumina un capítulo de nuestra historia jurídica y simultáneamente amplía su campo de trabajo; con un inconfundible término romanista se puede hablar de una recepción del derecho germánico. Esas fuentes ofrecen una notable semejanza con las del derecho germánico, mayor que la advertida entre éstas y las fuentes visigóticas. Esta semejanza se explicó suponiendo que los pueblos germánicos que habían ocupado la Península desde principios del siglo V traían consigo sus instituciones jurídicas, que pugnaban con las tendencias de la legislación de sus reyes, inspirada constantemente en principios romanos y eclesiásticos. Con esta legislación se habría pretendido imponer un nuevo régimen jurídico indiferente a las concepciones y prácticas populares o contrario a las mismas, sin alcanzar éxito más que allí donde la acción del estado y de los jueces regio consigue imponerse <sup>239</sup>. Cuando este poder político desaparece con la ruina del reino visigótico por la invasión musulmana, la sociedad volvió por prácticas y principios que habían perdurado latentes y se comenzó a vivir otra vez conforme al derecho consuetudi-

---

238 Alvaro d'ORS, en *Reseña romanística* de AHDE 15 (1944) p. 819, oponiéndose a la habitual polarización de las concepciones romana y germánica por nuestros civilistas, considera que «no es forzado ver la posición de nuestro Código como la continuación de una tendencia romana sin necesidad de acudir a los socorridos influjos germánicos. En general, conviene evitar la atribución a germanismo en todos aquellos casos en los que no se cree hallar una correspondencia exacta con un esquema arbitrario del derecho romano. Cuando consideramos en toda su complejidad la evolución de las instituciones romanas, podemos comprender mucho mejor cómo han podido surgir las posiciones de nuestro derecho. Algún día que se haga de una manera completa y sería la revisión de las influencias germánicas, se verá, probablemente, cuán escasas fueron».

239 Nueva interpretación del establecimiento visigótico en España, doble, popular y nobiliario, con trascendencia sobre el tema de la supervivencia visigótica en la época de la Reconquista, por R. ABADAL, «A propos du legs visigothique en Espagne», en *Settimane Spoleto* I. Caratteri del secolo VII in Occidente, t. II, 1958, pp. 541-585; res. ORLANDIS, en AHDE 29 (1959) 677-682.

nario germánico<sup>240</sup>. Este sería el derecho que durante la Edad Media se fijaba por escrito.

Se debe a Ficker una investigación sobre instituciones concretas en este sentido y a Hinojosa su formulación que ha sido clásica en la historia del derecho español<sup>241</sup>. Considera éste como fuentes del derecho

---

240 T. MELICHER, *Der Kampf zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im Wesgothenreiche*, Weimar, Böhlau, 1930; res. por RIAZA, en AHDE 7 (1930) 504-517 y 8 (1931) 496-511. Le había precedido, sin fortuna, Ernesto MAYER, en su *Historia de las Instituciones Sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*, CEH, Madrid 1925-1926, y con su *Altspanische Obligationenrecht in seinen Grundzügen* (1920-1921), que OTS CAPDEQUI, sobre la base de que «el primitivo derecho de obligaciones español no es otra cosa que una muy antigua forma del germánico derecho de obligaciones», reseñó extensa y minuciosamente, en AHDE I (1924) 417-427 y 2 (1925) 546-549, y luego tradujo: *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, Facultad de Derecho, Barcelona 1926, con varias modificaciones introducidas por el autor.

241 Con algunos precedentes que él mismo consigna, el manifiesto del Germanismo jurídico español es *El elemento germánico en el Derecho Español*, originado en una comunicación de Eduardo de Hinojosa al Congreso Histórico Internacional de Berlín, en 1908, convertido en un artículo de la SZ Germ. 31 (1910) 282-235; traducido por Galo Sánchez y publicado por el Centro de Estudios Históricos, con revisión por el autor, en 1915; ahora en *Obras de HINOJOSA*, t. II, 1955, pp. 407-470. Tras una ojeada general, la comunicación se ceñía a tres figuras: la venganza de la sangre, la pérdida de la paz y la prenda extrajudicial, tres cuestiones muy atractivas, pero insuficientes para reflejar un ordenamiento jurídico tal como se trata en una Facultad de Derecho. En manos de los historiadores, acostumbrados a las batallas, ha dado mucho juego. Invasiéndose un campo límite: A. GARCÍA GALLO, «El carácter germánico de la épica y del derecho en la Edad Media Española», en AHDE 25 (1955) 585-679, con crítica de la hipótesis tradicional; en defensa de la misma: Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, «Tradicción y derecho visigodos en León y Castilla», en CHE 29-30 (1959) 244-265, y recapitulando y arrasando, con todas las varias objeciones: «Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda», en *Settimane Spoleto 1961. El passaggio dall'antichità al medioevo in Occidente*, 1961, pp. 128-199, discusión, 217-234. No debe pasar desapercibida la aguda y discreta intervención de Alfonso Otero, en aparentemente al margen intervención, «El Códice López Ferreiro del *Liber Iudiciorum*», en AHDE 29 (1959) 557-573 para todo este revuelto de primitivo, romano, germánico, reconducido a su más segura sede: el libro visigótico y los Fueros. Sobre éstos, más los documentos de aplicación, ha versado la tarea de Luis G. de VALDEAVELLANO, *Estudios medievales de Derecho Privado*, Universidad de Sevilla, 1977, con omisión de los títulos de las ramas afines de Penal y Procesal, fundamentalmente adicto a la doctrina germanista, y de don José ORLANDIS, también continuador de Hinojosa, en su «Prenda extrajudicial», en AHDE 14 (1942-1943) 81-183, y «Concepto del delito», ib. 16 (1945)

consuetudinario en España las redacciones territoriales y locales: el Fuero de León, los Usatges de Barcelona, el Código de Huesca, el Fuero General de Navarra, el Fuero Viejo de Castilla, y sostiene que en estas fuentes se encuentra «entre las instituciones jurídicas más importantes y diversas, un núcleo común en lo fundamental, procedente sin duda de la época anterior a la invasión árabe, que se ha conservado en los territorios que fueron el centro de la resistencia a los invasores, así como, en parte, entre los visigodos sometidos a la dominación árabe, y que pasa a las ciudades que los árabes conquistan y a otras de nueva formación. Hasta la primera mitad del siglo XIII, los fueros apenas muestran huella alguna del influjo del derecho romano». A esta observación sobre las fuentes corresponde una explicación general, dentro del espíritu de la Escuela histórica: «El vago recuerdo de las costumbres antiguas se conserva indefinidamente en las clases populares, en quienes la instrucción no acumulada no ha penetrado ni ha podido destruir el fondo primitivo mantenido

---

112-192, y «Consecuencias», siempre en la Alta Edad Media, 18 (1947) 61-165, donde ya se hace eco de la crítica del germanismo tradicional, por efecto de la doctrina del derecho romano vulgar. Ambas aportaciones, de Valdeavellano y Orlandis, apreciadas por mí en varias reseñas y en «L. G. de V. desde la historia del derecho», en *Homenaje*, por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1982, y «Acusaciones y maleficios o derecho penal en las Partidas», en *Orlandis 70: Estudios de Derecho Privado y Penal. Boletín PPU de Valls y Taberner* (cuadernos de Peláez) 1-2, 1988, 299-347. El estudio de Ficker, que partía de una observación de Jacobo Grimm y que, en su original de 1888, Hinojosa tuvo a la vista, traducido por ROVIRA ARMENGOL para las publicaciones de Galo Sánchez en la Facultad de Derecho de Barcelona, 1928, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islandico*, conserva su lozano esplendor y su vigor y su rigor cien años después. A este pequeño libro nos volvemos. ¡Y a Hinojosa y su Elemento! En su p. 16, de la edición que debe reproducirse y utilizarse, se encuentra el párrafo que a continuación reproducimos en el texto, como indicación para volver al pequeño gran libro culminante; pero no el siguiente, donde el propio Hinojosa completa su pensamiento, y que está tomado de otro genial trabajo suyo: *La privación de sepultura de los deudores* (trabajo que revela su talla de historiador del Derecho Universal) pp. 14-15 de la ed. de 1892. Se deben comprobar todas las citas. Es un tiempo precioso el que se emplea, pero más precioso lo que se encuentra. ¡Y conservar las primeras ediciones! Tal vez esto se hallaba en la Memoria de Maldonado. Entonces, fue mi mérito copiarla. El párrafo siguiente se ha añadido al texto de 1947; res. por Rubio, en *AHDE* 8 (1931) 536-537, de la *Deutsche Yslandsforschung* 1-II, 1930, para el estudio comparativo.

intacto por la tradición. Mientras la sociedad permanece bien organizada bajo un gobierno protector y normal, la tradición de las costumbres antiguas permanece en el pueblo adormecida»<sup>242</sup>.

Diferente de esta hipótesis germanista es la que se apoya en el indiscutible papel rector que el tronco franco-salio tiene en la Edad Media de Occidente. No se duda de la influencia ejercida por el derecho franco en el régimen político, la posesión de la tierra y la condición de las personas en Cataluña<sup>243</sup>. Más discutida ha sido la posible influencia sobre otras regiones. La tesis de Helfferich y Clermont sobre la recepción del derecho franco en León y Castilla fue refutada por Muñoz y Romero<sup>244</sup>; la cuestión se había planteado en términos de historia nacional. Todavía se insistió en la adopción de la cultura carlovingia en el reinado de Alfonso VI. Dultzig sostiene que «atendiendo a los acontecimientos históricos es muy probable que el derecho franco haya influido en el derecho español tardío». Ficker y Brunner se manifiestan análogo-

---

242 HINOJOSA, «Elemento germánico», en *Obras* II, pp. 412-413, y «Privación de sepultura», *ib.* I, p. 162.

243 BROCA, *Historia del derecho civil en Cataluña* I, pp. 82-92; HINOJOSA, «Influencia que tuvieron», en *Obras* I, p. 52: «La proximidad a los territorios del imperio franco... fue parte para que Cataluña precediese a todos los demás Estados de la España cristiana en la adopción de la tregua de Dios...». En *Elemento germánico*, p. 8 y nota 1, siguiendo a Muñoz y Romero, rechaza la influencia franca... Para CHENON, *Histoire generale du Droit français*, París 1925, en el derecho franco se encuentra el origen de la mayor parte del derecho consuetudinario francés.

244 T. MUÑOZ Y ROMERO, «Juicio crítico sobre la obra titulada *Fueros francos* (de Helfferiche y Clermont)», en RGLJ 31 (1867) 28-55, 226-246, 288-313; «dominado él por el nacionalismo histórico que combatía en los adversarios, no supo ver la realidad suprenacional de los fueros de francos» (GIBERT, «Tomás Muñoz y Romero [1814-1867]», en AEM 6 [1969] 566. Aquí he considerado a MONTALBÁN [1806-1889], y su discurso *De la institución real y de los concilios de Toledo* [RGLJ 13, 1858, 73-106], como «el primer monumento del Germanismo español... encierra una síntesis de las instituciones visigóticas en relación con las germánicas, especialmente del grupo franco», *ib.* p. 571). Resumen de mi comunicación al Congreso de Oporto, 1968, en *Actas*, pp. 252-253; texto en RFDMadrid 48 (1973) 473-484: «Fuero de francos en Hispania Medieval»; comunicación (inédita) sobre «Fuero de francos en Navarra» a la IV Semana de HDE, Pamplona 1968 (AHDE 39, 1969). Antes, mi «Derecho municipal de León y Castilla», en AHDE 31 (1961) 719-720.

mente en puntos concretos <sup>245</sup>. La hipótesis del derecho franco aparece nuevamente en cuanto al derecho visigótico y el derecho medieval español.

### 33. Continuidad medieval romano-germánica

El germanismo pudo obtener éxitos muy aparentes frente a un romanismo que se fundaba en el supuesto de la conservación inalterable de ciertas creaciones de la civilización romana. Por ejemplo, en la cuestión sobre el origen del municipio medieval; la tesis germanista, a pesar de sus múltiples y contradictorias posiciones, se presentaba como la única científica, frente a la vana leyenda de una supervivencia histórica del municipio romano. Cuando la crítica busca los hechos en los documentos encuentra una realidad más compleja <sup>246</sup>.

---

245 HINOJOSA, *Elemento Germánico*, nota 1, in fine, pp. 9-10. En el texto de mi comunicación, cit. en nota anterior, indico el tratamiento del tópico en la literatura anterior, especialmente Merea (1947), Ramos Loscertales (1951) y d'Ors (1956), así como al final (p. 484) oriento hacia el tratado de Joseph BALON (1965), que por mi parte no he alcanzado a leer, y que en 1968 anunciaba un tomo sobre *Le prolongements du droit salique*, donde tendría lugar el estudio de nuestros fueros de francos. Vid. *sub voce* fuero de francos, mi HGDE, 1968, que pretende otorgar a este elemento la importancia debida, que aúna territorios, y en mis *Elementos Formativos* (1975), en el 22 (pp. 49-53), derivado de una ligera ojeada a los libros de derecho. No ha logrado más mi modesto franquismo.

246 1947: «... rotundos éxitos... en el supuesto de la conservación... La polémica en torno al municipio medieval es el motivo de una serie de victorias, en que la tesis germanista se presenta además como la única verdaderamente científica frente a una vana hipótesis. Pero cuando la crítica histórica, desentendiéndose de tales partidismos, va sencillamente a buscar los hechos en los documentos, encuentra una realidad más compleja. Concretamente, en la cuestión aludida del municipio, no sin vacilaciones se puede admitir que la reciente investigación de Sánchez Albornoz haya reforzado la posición germanista de la que él parte (nota: *Ruina y extinción del municipio e instituciones que lo reemplazan*, Mendoza, 1941. Ramón CARANDE, «Godos y romanos en nuestra Edad Media», en *Revista de Occidente* IX, 1925, p. 139, sostiene que aún puede decirse mucho en favor de la persistencia del municipio romano). Si se examina en este admirable libro el proceso de decadencia de las instituciones municipales romanas, resulta que ese proceso enlaza perfectamente con lo que fue el desarrollo normal de la institución y casi como una consecuencia suya. Pero lo más notable es que las instituciones que lo reemplazan van engranando perfectamente con el mismo proceso de decadencia, de tal manera que apenas si del período romano al germánico se advierte una ruptura o un choque de concep-

La aproximación entre romanismo y germanismo ha reforzado la continuidad de la tradición romana, en la cual, a partir de cierto momento se empieza a advertir las huellas de una influencia germánica, claramente perceptible en los últimos tiempos del Imperio. Puede caracterizarse una etapa por la penetración de concepciones germánicas en las fuentes romanas. En el Breviario de Alarico Vinogradoff señala la referencia al *fredum* y a la dote germánica; esto coincide con el carácter progresivo que el elemento germánico revela en el curso de la Edad Media. En el derecho penal, esfera sumamente sensible a los cambios de ambiente histórico, el régimen de finales del Imperio contempla el surgimiento de formas de venganza de estilo germánico <sup>247</sup>.

La apuntada posibilidad de integrar los monumentos de la legislación visigótica en la historia tardía del derecho romano se armoniza con la de que uno de los factores que determinan el rumbo de esa historia sea una tradición germánica, que en alguna ocasión ha vuelto a actuar más intensamente y producido un retroceso en la asimilación romanista de aquel derecho <sup>248</sup>. Es instructivo escuchar lo que dice la historia de

---

ciones. La ruina y la extinción y el consiguiente reemplazamiento tienen un paso infinitamente más medurado en el contenido del libro que en su rotundo título.

247 1947: La aproximación entre romanismo y germanismo es en parte el reconocimiento de la continuidad de la tradición romana, pero se completa cuanto a partir de cierto momento de ésta se empiezan a advertir las huellas de una influencia germánica. En los últimos tiempos del Imperio se hace claramente perceptible, y ha podido hablarse de una etapa germanización en varios aspectos, previa a las invasiones de los pueblos. Dentro del campo jurídico se ha señalado cierta influencia de las concepciones germánicas en las fuentes romanas y que ello se acentúe en el Breviario de Alarico, donde Vinogradoff señala la existencia del *fredum* y de la dote germánica, se corresponde con el carácter progresivo que dichos influjos debieron de asumir. En una rama del derecho tan sensible a los cambios de dirección como el derecho penal, en la última época romana se contempla el surgir de formas de venganza de la sangre, de aspecto germánico. Nota: Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte actual*, pp. 193-195; Enciclopedia de Derecho Penal, dirigida por PESSINA, *Derecho Penal Romano*, p. 7.

248 A propósito de *Lex Vis.* V, 2, 6, RUBIO SACRISTÁN, en AHDE 9 (1932) p. 13: «Habiendo perdido el dominio de la técnica jurídica romana, los legisladores visigóticos no encontraron inconveniente a la fusión de ambas donaciones. El resultado fue un producto mixto. El elemento romano está representado por el carácter revocable que la nueva donación conserva. La ley, sin embargo, nos ofrece uno de los pocos casos de la *Lex Vis.* en que las fases avanzadas de la misma presentan rasgos más germánicos que las primitivas». Cfr. mi «Donación

la lengua española sobre el elemento germánico. El escaso centenar de palabras germánicas —como ha establecido Gamillscheg, en su mayor parte de origen militar— que emplea el español, es de introducción más antigua que la dominación visigoda en la península y se incorporó al idioma vulgar antes de la desmembración del Imperio <sup>249</sup>. El dato presenta analogía con una germanización del derecho romano, anterior al reino visigótico español. El propio Gamillscheg, sobre la conclusión de que términos góticos que se usaban en el reino godo de las Galias, desaparecen en Hispania, supone que a la caída de aquel reino el ejército visigótico perdió su carácter nacional, y también lo perdieron su derecho y legislación <sup>250</sup>.

En la posición germanista, Schwerin establece la identidad entre pueblo y derecho. «Siendo los visigodos indiscutiblemente un pueblo germánico, metodológicamente procede determinar qué preceptos no son germanos de los contenidos en el Código de Eurico, pero sería incorrecto tomar meramente como originarios del derecho romano todas aquellas disposiciones que se correspondan con él» <sup>251</sup>. Pero el mismo autor reconoce que no siempre se puede decidir por una u otra atribución. Momm- sen comparaba «la tarea de germanistas y romanistas a la de los ingenieros que emprenden por lados opuestos la perforación de un túnel, procurando

---

Visigótica», en *Boletín de... Coimbra* (homenaje a Merça y Braga da Cruz) 48 (1982) 433-449. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, p. 341: «un movimiento retrógrado que venía a empalmar de nuevo con concepciones jurídicas más antiguas». BRAGA DA CRUZ, *Troncalidade I*, pp. 184-185 y 33. WOHLHAUPTER, «Das germanische Element im altspanischen Rechts und die Rezeption des römischen Rechts in Spanien», en *SZ Rom.* 66 (1948) 135-264. GAUDEMET, «Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du V<sup>ème</sup> au X<sup>ème</sup> siècle», en *TRG* 23 (1955) 149-206. Mgr. Lefebvre, «De quelques institutions d'origine germanique et de leur influence sur le *ius commune*», en *Melanges Raymond Monier*, París-Lille 1958.

249 R. MENÉNDEZ PIDAL, *Gramática Histórica*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 20.

250 GAMILLSCHEG, en *Revista de Filología Española* 19 (1932).

251 Claudio baron von SCHWERIN, «Notas sobre la historia del derecho español más antiguo», en *AHDE I* (1924) 27-54. Redactadas sobre el presupuesto de tratarse de una redacción de derecho germánico, el autor ha observado una gran cantidad de elementos romanos, en notable coincidencia con los resultados obtenidos por A. d'Ors (*supra*, nota 194). Interesa todavía una lectura paralela de ambos trabajos, no obstante su diferente extensión y método.

adelantar en su obra, dispuestos a disculparse mutuamente los errores y a regocijarse cuando coinciden sus esfuerzos en un punto»<sup>252</sup>.

En una fecha decisiva para la reanudación de los estudios histórico-jurídicos en Alemania, Hermann Conrad rememoró los tiempos iniciales de la *Revista alemana para la Ciencia histórica del derecho*, tiempos de tensa oposición y de colaboración fecunda entre el romanismo y el germanismo. Y recordó las palabras de Savigny al final de su vida, ante la ruptura de la Escuela histórica: «Romanistas y germanistas tienen un objetivo común. Unos pueden beneficiarse de las investigaciones de los otros. Y cada uno debe ayudar a que vuelvan a sus justos límites la exagerada aplicación que los demás hacen de su propia materia»<sup>253</sup>.

El romanismo o el germanismo de las fuentes visigóticas es algo que se oscurece ante la rotunda novedad que traen consigo las fuentes del derecho medieval, aparte de la probada persistencia de la tradición visigó-

---

252 HINOJOSA, «Teodoro Mommsen», en BRAH 45 (1904) p. 539, ahora en *Obras III*, 1974, p. 463. En la necrología de Ernst HEYMANN (SZ Germ. 65, 1947), Heinrich MITTEIS evocó el pasado esplendor de la Germanística, de la que él mismo iba a ser mirado como último gran representante. Se deben recordar aquí los múltiples esfuerzos realizados para mantener viva la corriente de simpatía y atención hispánica hacia la Germanística. Muy significativo es que don Galo Sánchez en su puesto de la biblioteca del Ateneo de Madrid (en la calle del Prado) mantuvo hasta el final de su vida activa la lectura del volumen anual de la Revista de Savigny. Y también, como curiosidad, que tras una reunión de catedráticos convocada por el ministro Lora Tamayo para celebrar eficazmente el centenario de las Partidas, una tertulia en la vecina cervecería Gambrinus, ante la justa lamentación de Rubio Sacristán, porque las nuevas promociones abandonaban el cultivo del Elemento Germánico, atraídos entonces por la continuidad romana, la escuela de Hinojosa formulamos un voto colectivo de brillantar aquel florón de la estirpe histórico-jurídica, mediante la lectura asidua de la literatura en lengua alemana. El Anuario de Historia del Derecho español, conforme al modelo de la SZ había abierto sus páginas, con el Nacional, a los elementos Romano y al Canónico, sin olvidar al musulmán y judío; tras una oscura historia se privó a nuestra disciplina de la saludable vecindad y compañía de uno y otro derecho. Pero ya el t. 57 (1987) del que a pesar del todo sigue siendo nuestro hogar, revela que las aguas siempre vuelven al cauce. Lo demás es silencio.

253 CONRAD, «Aus der Entstehungszeit der historische Rechtsgeschichte. C. v. Savigny und J. Grimm», en SZ Germ. 65 (1947) 261-283; mi res. en AHDE 19-20 (1948-1949) 705. Sobre la unidad entre Germanística y Romanística, el escrito programático de Kunkel, cit. supra en nota 231.

tica <sup>254</sup>. La realidad medieval sobrepasa las simples negaciones de que no todo es romano en la Edad Media y que tampoco todo es germano <sup>255</sup>. Esas fuentes son de expresión muy compleja, pero además algo ha querido decir también la propia época. No se limita a recoger prácticas y concepciones anteriores ni tampoco a contrariarlas. El derecho medieval se ha formulado «bonos instituendo foros, pravasque consuetudines abolento» <sup>256</sup>, es decir, alumbrando orden jurídico frente a su negación

---

254 J. RÍUS SERRA, «El derecho visigodo en Cataluña», en SFGG. GAKGS 8 (1940) 65-80. J. ORLANDIS, «Huellas visigóticas en el derecho de la Alta Edad Media», en AHDE 15 (1944) 644-658. J. LALINDE, «La presencia visigoda en el derecho Aragonés», ib. 42 (1972) 643-656. Antes, en mi HGDE (1968) p. 79: «Una segunda recopilación... contiene una colección de leyes visigóticas». Añadir en esta p. 79, l. 16, tras de *orden*: «Por la que se desliza un fantástico hombre serpiente, hermano del licántropo». Ver también el estudio de Rivas, cit. infra en nota 270. W. KIENAST, «La pervivencia del derecho godo en el sur de Francia y Cataluña», en *Bol. de la R. Academia de Buenas Letras de Barcelona* 35 (1974) 265-295.

255 1947: Suponer que las fuentes medievales son germánicas simplemente porque no son romanas, es algo enteramente absurdo. No todo es romano en la Edad Media, pero tampoco (todo) es germano. Nota: TAMASSIA: «Certo, non tutto e romano nel medioevo; ma non e nemmeno tutto tedesco. E spiegare cio che non e apparentemente romano con l'azione di un elemento estraneo é un método che si uso nei principi del século passato, nelle ricerche sul-l'origine della lingua nostra. I bárbari, storpiando il latino, ci avvebbero dato l'idioma gentile, ci avvebbero preparato la graziosa miscela del diritto medievales», cit. por ROBERTI, en la RSDI 5 (1932) p. 11. Sobre Nino Tamassia (1860-1931), necr. por Beneyto en AHDE 9 (1932) 498-501. Según R. Caillemer, «Formation du droit français dans les travaux de M. J. Ficker», en *Annales de la Faculté de Droit et des Lettres d'Aix I* (1906-1907) p. 208: «el derecho consuetudinario, en el Sur como en el Norte de Francia, es un derecho de origen heterogéneo, que procede de la fusión de los elementos germánicos con costumbres derivadas del derecho romano vulgar, pero que contiene principalmente elementos que provienen de un desarrollo espontáneo, producto de las nuevas necesidades, a saber las de la sociedad medieval, que difiere a la vez de la sociedad romana y de la sociedad germánica anterior a las invasiones» (cit. VINOGRADOFF, *Principes*, cits., p. 376). Luminosas palabras muy antiguas, cita de segunda o de tercera mano, y de la que lamento no poder consignar si está tomada de la ejemplar *Memoria* de Maldonado que me sirvió de guía. La originalidad es secundaria.

256 1947: Las fuentes consideradas como expresión de ese derecho germánico medieval son en realidad de formación muy compleja: y no siempre recogen dócilmente unas prácticas, unas instituciones, sino que claramente las contrarían, tal como había hecho la legislación visigoda: la venganza de la sangre, la prenda extrajudicial o la exposición de niños, son el objeto constante de limitación y prohibición por parte de las leyes medievales. Y muchas veces parece que la principal labor de este derecho haya sido rectificar las tendencias tenidas por

y quebrantamiento. Ahondar en los elementos creadores y originales del derecho medieval, sin perjuicio de reconocer su entronque con las tradiciones que sobrepasan el tiempo, es el camino para superar la oposición entre romanismo y germanismos, que a veces coloca a la investigación en un punto muerto. Diferente del nacionalismo germanista, el nacionalismo romanista coincide en recortar una perspectiva histórica más amplia que ambos: la que comprende el mundo romano-germánico.

### 34. El elemento canónico

Ese mundo es fundamentalmente cristiano<sup>257</sup>. La comunidad cristiana ha vivido desde sus orígenes conforme a normas jurídicas; es una sociedad que «aunque religiosa, vive conforme a una norma jurídica, y

---

puramente germánicas: «bonos instituyendo foros, pravasque consuetudines abolendo». (Nota: Fueros dados por Raimundo II, obispo de Palencia, a los habitantes de la ciudad en 1181 [HINOJOSA, *Documentos*, p. 187; F. OLIVIER-MARTIN, «Le roi de France et les mauvaises coutumes au moyen âge», en *SZ Germ.* 58 [1938] 108-137). Ahondar en los elementos creadores y originales del derecho medieval —sin perjuicio de reconocer su entronque con las tradiciones jurídicas— puede ser el camino para superar la oposición entre romanistas y germanistas, que muchas veces coloca en punto muerto la investigación. Frente al nacionalismo germanista, el romanista preconizado por autores italianos —valioso en lo que tuvo de reacción— puede ser igualmente descaminado. (Nota: ROBERTI, loc. cit., supra en nota 255, expresa así la oposición entre ambos: «Mentre lo Schupfer e la scuola tedesca non trovando nel diritto romano classico tracce di istituti che si mostrano invece accolti nelle fonti tedesche, attribuivano alla potenza creatrice del genio straniero il sorgere e il propagarsi anche in Italia di istituti ignoti per lo innanzi, invece il Tamassia vide nel diritto italico il diritto di nostra gente, il diritto nazionale»).

257 Este breve añadido al texto original procede de Wilhelm NEUSS, *Die Kirche des Mittelalters*, Bonn Rh., 1950; trad. por mí, Rialp, 1961. Vid. ahora *La significación histórica del derecho canónico*, por José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, conde de Galiana; discurso de recepción en la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación; contestado por A. García Gallo, Madrid 1969. Como puede suponerse, constituye un tratamiento superior y definitivo del tópico tradicional, y ocasión el citarle para reafirmar al profesor Maldonado, mantenedor de la unidad de la Escuela de Hinojosa, y en quien se funden el historiador del derecho y el canonista, mi gratitud por sus muchas enseñanzas, su leal amistad, su constante apoyo y su eficaz orientación en la navegación académica.

ello por voluntad de su divino Fundador», en cuya voluntad «se encuentran los principios esenciales e inconfundibles del derecho de la Iglesia»<sup>258</sup>. La *Lex Christi* es reconocida por primera vez en el edicto de Tolerancia de Galerio, en 311. A la jurisdicción eclesiástica sigue la formación de un nuevo derecho que en los textos de la Patrística aparece en oposición al derecho civil. San Jerónimo: «*Aliae sunt leges Caesarum aliae Christi. Aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecepit*»<sup>259</sup>. En cuanto

---

258 Fray José LÓPEZ ORTIZ, Prólogo al *Código de Derecho Canónico*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1945, pp. XIX s. Mi res. en *Arbor* IV (julio-agosto 1945) 159-162. R. SOHM, en su *Kirchen Recht*, 1892, sostiene la inaceptable teoría de no haber existido propio derecho canónico hasta la epístola de San Clemente a los Romanos: «La organización e la cristiandad no es una organización jurídica sino carismática. La Iglesia, siendo el cuerpo de Cristo no comporta en virtud de su esencia misma ningún poder humano». Fournier fue el primero en oponer reparos a la tesis de Sohm. Cfr. BAUDOUIN, en *NRHD*, 1895, p. 138. También combatió la tesis de Sohm Gunther Krauss, ahora tristemente desaparecido, en su tesis doctoral (1934). BATTIFOL, *L'Eglise naissante et le catholicisme*, París 1927.

259 Esta cita, tomada del libro de COLORNI, cit. infra, n. 295, interesó a don Álvaro d'ORS, que en su «*Varia Romana*», en *AHDE* 20 (950) p. 780, la relacionó con otro testimonio que consideraba jurisconsulto a San Pablo. El origen judicial del derecho canónico responde a la doctrina del mismo autor, «Principios para una teoría realista del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho* I (1953), luego en *Una Introducción al estudio del derecho*, Rialp, 1963, pp. 100-142, omitida en sucesivas ediciones. HINOJOSA, «La jurisdicción eclesiástica entre los Visigodos (1881)», en *Obras* I, pp. 1-23; remonta a los tiempos apostólicos. 1947: El derecho canónico es influenciado en su desarrollo histórico por los derechos seculares, especialmente por el Romano, llegándose a afirmar: *Ecclesia vivit legibus romanis* (... *lege Romana*, según CASSOLA, *La recezione del diritto civile nel diritto canónico*, Tortona 1941; según W. Kienast, el aserto se encuentra en una ley germánica. Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte*, p. 12; según COLORNI, cit., infra n. 295, pp. 122 ss., a la jurisdicción eclesiástica siguió la formación de un derecho cristiano que los textos de la Patrística contraponen al derecho estatal; sobre la *Lex Christi* reconocida en 311, p. 126). Sin embargo, de esta expresión hay que descontar la honda y genuina peculiaridad del derecho cristiano (a base del texto del Pastor de Erma, que considera la existencia civil de los cristianos como un destierro, COLORNI sostiene la «*straneità psicologica dei cristiani allo stato pagano*», recogiendo un texto de San Jerónimo: «*Aliae sunt leges, etc.*»). Asimismo, en una tesis de STUTZ, por lo demás muy discutido, se atribuye una decisiva importancia al elemento germánico en ciertos aspectos del derecho de la Iglesia medieval (sobre esto, con bibl., TORRES LÓPEZ, «La doctrina de las Iglesias propias», en *AHDE* 2 [1925], especialmente, p. 404 y n. 5. Necr. de Stutz, por J[osé] L[ópez] O[rtiz], en *AHDE* 13 [18936-1941] 494-495. Casos concretos de influencia del derecho germánico en la Iglesia, en J. PÉREZ DE URBEL, *Los monjes españoles en la Edad Media* I, 441 ses.). Pero

la Iglesia cristiana se albergó en los cuadros políticos, sociales y jurídicos del Imperio pudo decirse que vivía conforme a las leyes romanas. Por otra parte, el derecho germánico ha modelado las instituciones de la Iglesia medieval. Pero a su vez el derecho canónico influye en ambos

---

a su vez el derecho canónico ejerce un influjo muy hondo sobre los mismos derechos, para lo cual cuenta con una identidad definida y eficiente que proviene de su íntimo contacto con la religión y la moral cristiana. Éstas, directamente, actuaron sobre el derecho romano, impulsando una de sus etapas (vid. la bibl. en ARIAS RAMOS, *Manual de Derecho Romano*, 1947, pp. 80-81. Ursicino ÁLVAREZ, *Horizonte*, pp. 191-193; el mismo, «Influencia del cristianismo en el derecho romano», en *Revista de Derecho Privado* 15 (1941) 317-332. Cfr. nota de MERA, en *BFDcoimbra* 17 (1940-1941) p. 382. Sobre la penetración cristiana en el concepto del derecho, W. C. SFORZA, «Ius e directum», nota de BENEYTO, en *AHDE* 7 (1930) 525-529. Sebastián CRUZ, *Ius. Directum (Directum) Direito etc.*, relectio, Coimbra 1971. A. GARCÍA GALLO, «Ius y Derecho», en *AHDE* 30 (1960) 5-47. Biondo BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano* I-III, 1952-1954. J. V. SALAZAR ARIAS, *Dogmas y cánones de la Iglesia en Derecho Romano*, Reus, Madrid 1954; res. FERNÁNDEZ ARRUTY, en *AHDE* 25 (1955) 913-917. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*, París 1957. M. ROBERTI, *Paolo di Tarso e le prime influenze patristiche sulla formazione storica del diritto*; res. en *RHDF* 2 (1923) 501; el autor tiene un libro, de 1919, sobre los orígenes cristianos de la comunidad de bienes entre esposos. Las ideas de San Pablo se han traducido más tarde en derecho positivo, pero se manifiestan antes en las costumbres de los cristianos e igualmente actúan sobre las concepciones y las prácticas jurídicas germánicas. La cristianización del derecho germánico se estudiaba en dos figuras por MALDONADO, *Herencias en favor del alma* (1944) pp. 27-29, y *Condición Jurídica del Nasciturus*, 1946, pp. 63-64, 67-83. Mirar la nota de A. d'ORS a BRUCK, *Kirchenväter und soziales Erbrecht* (1956), en *AHDE* 27-28 (1957-1958) 1179-1185. A. SCHULTZE, *Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts*, Leipzig 1928; res. de L. G. de VALDEAVELLANO, en *AHDE* 9 (1932) 462-465; de éste, «La cuota de libre disposición», ib. pp. 129-176. J. A. INFANTES FLORIDO, «San Agustín y la cuota de libre disposición», ib. 30 (1960) 89-112. Sobre la cristianización de los germanos, también en el aspecto social y jurídico, Wilhelm NEUSS, *La Iglesia en la Edad Media*, Rialp, Madrid 1961, especialmente, pp. 45 ss., 211 ss. CONRAT, *Deutsche Rechtsgeschichte* I<sup>2</sup>, 1962, pp. 54-55. M. J. ODENHEIMER, *Der christliche-kirliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet*, Lichtenhaban, Basilea 1957; res. Sautel, en *TRG* 28 (1960) 360-366. En la reformación del derecho municipal de Nurenberg (1064) leemos: «Wir Burgermaister und Kathe del Stat Nürenberg... jedem Armen als wol als dem Reichen». Cfr. Fuero de Madrid (entre 1152 y 1202): «unde dives et pauperes vivant in pace», Fuero de Salamanca (fines del XIII): «a utilidad de los mayores y los menores de la ciudad». Este tópico, quizá canónico (según Bärnann, en *Maguncia*, 28.VI.1963) no es nacional ni local; pertenece a una tradición literaria común. San Bernardo sería el autor del adagio *Pacta sunt*

derechos, de una forma definida e intensa que deriva de su íntimo contacto con la religión y la moral cristianas. Éstas, directamente, actuaron sobre el derecho romano, al que caracterizan en su última etapa, e igualmente actúan sobre los principios y las prácticas del derecho germánico.

La formación del derecho canónico ofrece dos aspectos: como ordenamiento de la Iglesia universal y como ordenamiento de las Iglesias particulares; ambos dejan su huella en la formación del derecho nacional. Las disposiciones adoptadas por los obispos, especialmente los de Roma, se van recogiendo en obras históricas y polémicas. En Oriente se celebran grandes Concilios, cuyas decisiones se difunden por Occidente.

En España, a raíz de la evangelización empiezan a recibirse epístolas pontificias y cánones de los concilios generales <sup>260</sup>. Al mismo tiempo en cada país y en cada provincia eclesiástica se iba elaborando el derecho referente a la organización, a la disciplina y a los bienes eclesiásticos.

---

*servanda*, según Hermesdorf, congreso de Breda, 1953, TRG 21 (1953) 384 y 22 (1954) 68-88. B. JACQUELINE, «Saint Bernard et le droit romain», en RHDFR 30 (1952) 223-228. ESPINAY, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, memoria premiada por la Academia de Legislación de Toulouse en 1956. Res. AUBEPIN, en RHDFE 5 (1859) 121-150. Un estudio completo desde los orígenes al Código Civil de 104; visión general y análisis de las instituciones públicas, el matrimonio, los contratos, etc. Había una copiosa literatura anterior. El reseñante aporta precisiones sobre el préstamo con interés y figuras afines. E. WOHLHAUPTER, *Aequitas canonica. Ein Studie aus dem Kan. Recht*, Paderborn, 1931; res. Riaza, en AHDE 8 (1931) 534-536; con atención especial a los canonistas españoles.

260 Epístolas pontificias recibidas en España: HINOJOSA, *Historia General del Derecho Español I*, p.197. MALDONADO, *Nasciturus*, pp. 52-54, cánones generales recogidos en la Hispana, y bibl. ARIÑO ALAFONT, *Colección Canónica Hispana. Estudio de su forma y contenido. La Colección Canónica Hispana I*. Estudio por Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, CSIC, Madrid 1966; II. Colecciones derivadas; por el mismo, ib. 1976. Res. A. de la HERA, en AHDE 36 (1966) 649-655. Reseña de A. GARCÍA GALLO, sobre la *Histoire des collections canoniques* (1931), por FOURNIER y LE BRAS, en AHDE 9 (1932) 451-457. Sobre una nueva edición de la *Histoire*, LE BRAS, en RHD FE 38 (1960) 309-312. Renovador no sólo en el terreno de la historia del derecho canónico, sino en el de la historia general del derecho es el libro de Gabriel LE BRAS, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident. Prolégomènes*, Sirey, París 1955; res. St. KUTTNER 26 (1958) 78-83. Nueva edición en italiano: *La Chiesa del Diritto*, Il Mulino, Bolonia 1976; interesante reseña de A. García García, en AHDE 46 (1976) 805. Lebras (pronunciar bien la ese; no era el brazo, sino el Fuerte, 1891-1970, place du Pantheon). Abate José TARRÉ (Albi), «Orígenes de la Colección Hispana», en *Melanges Fournier*, 1929; res. Concha M. BENEDITO 8 (1931) 533.

Del concilio de Ilíberis, hacia el 300, procede una copiosa colección de cánones que no sólo regula en la estricta esfera canónica, sino reclama ciertas penas de la jurisdicción secular para delitos que desde el punto de vista religioso revestían una especial gravedad <sup>261</sup>. La interferencia entre el derecho canónico y el derecho secular es más intensa en el período visigótico, a través de los concilios de Toledo. Desde Recaredo, la legislación obedece con frecuencia a una inspiración eclesiástica <sup>262</sup>. La Hispana, colección de cánones de la Iglesia hispánica, extiende su acción más allá de la época visigótica <sup>263</sup>. En la alta Edad Media prosigue la elaboración canónica, estrechamente vinculada a la secular y actuando sobre la misma. En el siglo XI las asambleas en las que puede distinguirse una doble estructura eclesiástica y política, centran la creación de un doble

---

261 Encabeza la colección *Concilios Visigóticos e hispano-romanos*, por J. Vives y colaboradores, Barcelona-Madrid 1963; textos latino y español; el libro, para una HD concebida como H de ellos. Cfr. A. DE LA HERA, «Falsus testis y delator» (cánones 73 y 74 del Concilio de Elvira), en AHDE 33 (1963) 365-389. Pedro LOMBARDÍA, «Los matrimonios mixtos en el concilio de Elvira», en AHDE 24 (1954) 543-558. Lo estudió un sacerdote de Granada.

262 HINOJOSA, «La jurisdicción eclesiástica entre los visigodos» (1881), en *Obras I*, pp. 3-23; «Influencia que tuvieron» (1890), *ib.*, pp. 36-50; ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, p. 262; Recaredo invoca los *Canones ecclesiastici*; efecto de la conversión católica, en sus tres leyes: III, 5, 2; XII, 1, 2; 2, 12.

G. BRAGA DA CRUZ, «A obra de S. Marthino de Dume e a legislaçao visigótica», sep. de *Scientia Iuridica I*, 4 (1952) 22 pp.

263 *Bibl. supra* en nota 260. En mi HGDE (1968) hay sólo incidentales referencias al derecho canónico. Al reelaborarla en *Elementos* (1975, 2.ª ed. 1975) he añadido sendos párrafos relativos al derecho antiguo (6), visigótico (17) y romano (32 a 38). P. FOURNIER, «La colección canónica llamada Cesaraugustana», en NRHD, enero-junio 1921; rec. en *Revista de Derecho Privado IX* (1922) 375 ss. Sobre el código que se daba por perdido: Florencio MARCOS RODRÍGUEZ, «Tres manuscritos del siglo XII con colecciones canónicas», en *Analecta Sacra Tarraconensia* 32 (1960) 35-44. A. GARCÍA GARCÍA, «La penetración del derecho (canónico) clásico medieval en España», en AHDE 36 (1966) 575-592. G. Martínez Díez, «Una colección canónica española del siglo VII», separata, 1962. Antes de referirnos a las compilaciones debemos indicar que los papas dirigieron a las diversas iglesias documentos de varia índole, que actualmente se van reuniendo y publicando en forma sistemática. Nos interesan particularmente las que se refieren a España. Podemos contemplar hoy las procedentes de los papas desde 965 (Juan XIII) hasta 1227 (Honorio III); las de Calixto III (1168), las de Alejandro IV (1254-1261) y las de Inocencio VI (1352-1362) cfr. GARCÍA GARCÍA, en AHDE 48 (1978) 677-680.

orden jurídico vivamente comunicado <sup>264</sup>. En Cataluña se recibe una creación típica de la Iglesia franca, las asambleas de paz y tregua, que prontamente se extienden por toda la Península. El derecho político, el penal y el privado, la administración de justicia reciben la inspiración del derecho canónico nacional. En fueros de las ciudades eclesiásticas se encuentran preceptos de origen canónico <sup>265</sup>.

A partir de la reforma Gregoriana de la Iglesia de Occidente, Roma asume la dirección de la actividad canónica, que ahora se hace más universal. San Raimundo de Peñafort ordena el derecho pontificio <sup>266</sup>. Empieza la era de las grandes colecciones que va desde el principio del siglo XIII a fines del XVI. E inmediatamente se inicia la expansión de este derecho, doctrinal y prácticamente superior al de las Iglesias particulares. La recepción del derecho romano canónico se verifica al mismo tiempo y por las mismas vías que la del derecho romano. En la literatura jurídica la alegación de los textos romanos y canónicos va entrelazada; a veces es difícil distinguir lo que de uno o de otro derecho procede. En opinión de algunos autores esto es literalmente el derecho común <sup>267</sup>. La recep-

---

264 J. MALDONADO, «Las relaciones entre el derecho canónico y el derecho secular en los concilios españoles del siglo XI», en AHDE 14 (1943) 226-381. Ahora, del mismo: «Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español», ib. 23 (1953) 467-493. A. GARCÍA GALLO, «El Concilio de Coyanza. Contribución al estudio del derecho canónico español en la Alta Edad Media», ib. 20 (1950) 275-633. Sergio MONCHI ONORY, *Fonti canonistiche della idea moderna dello Stato*, Milán 1951: extensa res. y discusión por MEIJERS, en TRG 21 (1953) 113-125.

265 *Fuero de Salamanca* (ed. Castro y Onís, 1916) 252, 253, 295-323, proceden de un documento que regula el fuero de clérigos de la ciudad. Fuero de Calatayud 38: «clérigos... habeant et iudices sicut suos vicinos» (ed Ramos, en AHDE 1, 1924, 412). Manuel ALVAR, *El Fuero de Salamanca*, Granada, Universidad, 1958.

266 Fernando VALLS-TABERNER, «San Ramón de Peñafort» (1936), en *Obras I*, 2, CSIC, Madrid-Barcelona 1953. J. M. FONT RÍUS, «R. de P. Influencia del santo en la Sociedad de su tiempo», en *Anuario de Derecho Aragonés XI* (1961-1962) 165-178. A. García García, «Valor y proyección histórica de la obra jurídica de san Raimundo de Peñafort», en *Revista española de Derecho Canónico*, CSIC XVIII, 52, Madrid 1963, 233-251.

267 BUSI, *In torno al concetto di diritto comune*, Milán 1934. G. ERMINI, *Corso di diritto comune I* <sup>2</sup>, *Generi ed evoluzione storica*, Elementi costitutivi, Milán 1946; mi res. en ADC 1 (1948) 601-602. A. d'ORS, «Una possibile integrazione del diritto comune nell'Insegnamento universitario del Diritto Romano», *Convegno I Glosatori* (1971) *Atti L*, Pavía, Fusi 1974,

ción canónica se hizo en buena parte a través de la labor científica de la universidad de Bolonia que elabora el derecho romano <sup>268</sup>.

La huella del derecho canónico romano se advierte con mayor o

---

pp. 15-19; el mismo, «Hacia un nuevo derecho común», en TONDI, *Inchieste di Diritto Comparato*, II, Padua, Cedam 1973, 975-177. En cuanto a dicha posibilidad, si admitimos que el derecho español es una particularidad de ese derecho común, podría quedar también integrado en la exposición sistemática del romano. Ahora bien, esto llevaría a sustituir la distinción de asignaturas, Romano y Español, por Historia y Sistema o Instituciones, perteneciendo a la primera el aspecto General de los libros de derecho, y al segundo el contenido especial del contenido o instituciones. Sobre éste término, la comunicación del mismo d'ORS a la *VI Semana de Historia del Derecho Español*, Madrid 1983, «La incidencia institucional en la historia de los textos jurídicos», en *Prudentia Iuris* (UCA, Buenos Aires) XI, dic. 1983, pp. 6-9. Sobre la distinción entre Historia General y Especial, que fue recogida en el discurso de clausura por el Presidente del CSIC (prof. Elguero con A. Nieto), *AHDE* 53, 1983, p. 711. En favor de esa distinción encuentro ahora el testimonio del joven civilista José Castan (1889-1969), que en *RCIS I* (1918) p. 443: «... si está sin hacer la *historia general* del derecho ¿sobre qué base construir la de las *especialidades* jurídicas? El que aspira hoy a tratar el proceso evolutivo de una institución o rama jurídica cualquiera tiene que sumergirse en el piélago de las *fuentes*, resolver infinidad de problemas críticos, todavía en pie, y hacer, en una palabra, *historia general*».

268 Debía de referirse al autor a la elaboración del Decreto de Graciano, en cuya rápida lectura se basa el párrafo que le hemos dedicado en *Elementos Formativos* (33), precedido de otro sobre las colecciones anteriores. Sobre éstas, como en general para todo lo que se refiere al elemento canónico, debe anteponerse la *Historia del Derecho Canónico I. El primer milenio*, por A. GARCÍA GARCÍA, con selecta bibliografía y al nivel más alto. El mismo, «Los manuscritos del Decreto de Graciano en las Bibliotecas y Archivos de España», en *Studia Gratiana* 8, Bolonia 1962, 161-193; «Nuevos manuscritos», en *Etudes Le Bras* I, París 1965, 117-128. El autor ha participado activamente en la empresa erudita dirigida por Kuttner sobre historia del derecho canónico, con la más favorable repercusión sobre la historia general del derecho. Cfr. en *Bulletin of Medieval Canon Law*, new series, vol. 11 (por el Institute of MCL, Berkeley, California 1981, su crónica: «La Canonística Ibérica (1150-1250) en la investigación reciente» (pp. 41-75), en los últimos cuarenta años. Mi cátedra conserva, una de sus funciones, cantidad de separatas de la dispersa, pero muy coherente, producción de fray Antonio; la honró en Granada, el 18.I.1966 (S. Eladio), con una disertación en anejo curso de Historia de las Universidades con una disertación sobre «El ingreso clásico medieval en España» (*AHDE* 36, 1966, 575-592), recogida en sus *Estudios sobre la canonística portuguesa medieval*, en F.U.W., Madrid 1976; mi reseña en *RFDUM* Madrid XVIII, 49 (1974) 263-267. No estará superada: F. VON SCHULTE, en *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, Stuttgart, Enke 1875-1880.

menos intensidad en todas las fuentes jurídicas que se redactan desde el derecho común. El plan de las Decretales sirve de modelo para varios libros de derecho medieval. En las Partidas el derecho matrimonial de las Decretales se acepta íntegramente <sup>269</sup>. En Cataluña Martín el Humano, en las cortes de Barcelona, 1409, establece la vigencia con carácter supletorio del derecho canónico juntamente con el romano <sup>270</sup>. Durante la Edad Moderna la ciencia jurídica española acentúa su inspiración canónica. Cuando el derecho canónico y el derecho civil se oponen sobre la misma cuestión, la jurisprudencia se inclina por la tesis canónica <sup>271</sup>.

Junto a la constante recepción doctrinal prosigue en la Edad Moderna la recepción del derecho canónico positivo. El Concilio de Trento es

---

269 J. MALDONADO, «Sobre la relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial», en AHDE 15 (1944) 589-643. J. GIMÉNEZ MARTÍNEZ DE CARVAJAL, «El Decreto y las Decretales, fuentes de la Primera Partida de Alfonso el Sabio» y «San Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso X el Sabio», en *Anthologica Annua*, Roma 2 (1954) 239-347 y 3 (1955) 201-338.

270 Incluida en Tercera compilación general, vol. I, lib. I, tít. 38, 2. HINOJOSA, «La admisión del derecho romano en Cataluña», en *Obras* II, p. 400 transcribe de Tomás de Mieres: «Ut admittatur quis ad advocandum per hanc constitutionum requeritur tantum hodie, quod ultra dictos libros iuris ordinarios habeat librum Usaticorum et constitutionum Cathalonie. Libri ordinarii iuris canonici sunt quatuor, scilicet Decretum, Decretales, Sextus et Clementinae. Sed libri iuris civilis...». Por esto hemos aceptado la HD como H de los LLJI. Para Aragón: José E. RIVAS, *Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Compilación aragonesa de 1247*, en AHDE 20 (1950) 758-774.

271 1947: ... inspiración canonista: esta inspiración se da a la doctrina española sobre la guerra (HINOJOSA, «Francisco de Vitoria y sus escritos jurídicos», en *Estudios*, 1903, pp. 179-248; *Obras* III, 375-425. Incluso en algún caso en que romanismo y canonismo diferían sobre una misma cuestión, como en lo relativo al poder del príncipe, la jurisprudencia se inclina por la tesis canónica (HINOJOSA, «Influencia que ejercieron...», en *Obras* I, p. 97; en penal, p. 54. SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiasticae et secularis*, Salamanca 1593: «Et circa observantiam iuris Regni advocatus consideravit sequentia... Deficienti autem iure regio, recurrendum erit ad ius canonicum et non ad ius civile, et a converso in foro ecclesiastico, deficiente iure canonico, incurrendum erit ad ius Regni, ut eleganter resoluit Palacios Rubios in Lege 1.<sup>a</sup> Tauri número 9», motivo por el cual lo incluyo en mis *Textos Jurídicos Españoles*, Gómez, Pamplona 1954, p. 29, y una vez más se advierte que HD como H de los LLJ cosa distinta es que historia de la legislación, siendo ésta muy importante.

promulgado como ley en Cortes del Reino por Felipe II <sup>272</sup>. La efectiva aplicación del Concilio de Trento es objeto constante de la administración de la monarquía durante los siglos XVII y XVIII <sup>273</sup>. Los Concordatos, contemporáneamente, representan el encuentro de concepciones eclesiásticas y civiles que alguna vez alcanzó una extrema tensión <sup>274</sup>. En el derecho español vigente, la admisión del Código de Derecho Canónico, es la continuación normal de una tradición <sup>275</sup>.

---

272 Acuerdo de las Cortes y cédulas de 12 de julio de 1564, recopilada en Novísima Rec. I, 1, 13, y nota sobre la expedida por el príncipe Felipe, en ausencia del emperador, en 27.X.1553, previniendo a prelados y cabildos eclesiásticos la observancia e inviolable cumplimiento en estos reinos de todo lo constituido y ordenado en el Concilio, como consecuencia de la exhortación sobre su observancia, a los príncipes cristianos en la última sesión. Carolus Molineus (París 1500-1580); *Conseil sur le fait du Concile de Trente, reception ou rejet d'iceluy*, Lyon 1564. Hubert Jedin, *Storia del Concilio di Trento*, 1949; res. PÉREZ DE URBEL, en *Hispania* 10 (1950) 615-616.

273 Sobre el conocimiento de las causas tocantes a la ejecución del Concilio de Trento Novísima Rec. II, 2, 10.11; 5, 4.

274 Cfr. Escolio sobre los Concordatos en Eloy MONTERO, *Derecho Canónico comparado* I, Madrid 1934, pp. 381 ss. J. MORENO CASADO, *Los Concilios nacionales visigodos, iniciación de una política concordatoria*, Universidad de Granada, 1946. 1947: Ya contemporáneamente, no debe olvidarse la formación de un derecho concordado que repercute sobre la ordenación civil de las materias reguladas en el Concordato.

275 1947: En el derecho vigente, fuera ya de los términos cronologicosactuales de la historia del derecho, la recepción del Código de derecho canónico es, ciertamente, la continuación normal de una larga historia jurídica. López Ortiz: «el anacrónico requisito del pase regio... le fue concedido por real decreto de 19 de mayo de 1919» (p. XXVIII de loc. cit., supra en nota 258). Prescindiendo de la dudosa y secundaria categoría de lo vigente, la aparición de un nuevo código, libro de derecho, es acontecimiento histórico-jurídico, o simplemente jurídico, digno de ser atendido por su estudio general. El autor-que-seguimos, Alvaro d'Ors, ha dedicado atención al nuevo Código Canónico, en *La Ley*. Revista Jurídica Argentina, t. 1983-C, Buenos Aires, pp. 804 y 944; t. 1983-C, p. 827, y en *La Ley*, Madrid 1984-I, p. 1104; asociado, curiosamente, a otra «novedad legislativa»: el Código Civil de la República Democrática Alemana, entre los que el autor, no obstante las abismales diferencias de estas obras, encuentra «una cierta similitud si los consideramos desde el punto de vista de un historiador del derecho, pues pertenecen ambos a una misma época que, como he dicho repetidas veces (cfr. sus *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, CSIC, 1973; he reseñado este libro no sé donde), se caracteriza por una crisis profunda del derecho». *La Ley* XLIX, Buenos Aires, 263, 26.XI.1984. El autor ha tratado cuestiones como el nuevo derecho matrimonial en el Código (*La Ley*, Madrid V, 863, 31.I.1981; o los laicos, en el

### 35. El elemento feudal

Juntamente con la del derecho romano y canónico se verifica en España la recepción del derecho feudal. Interesa concretar la noción de este derecho, pues si en una consideración amplia el feudalismo comprende todas las instituciones políticas de la Edad Media y toda la vida civil de este tiempo (Glasson)<sup>276</sup>, en una acepción estricta es un elemento extranjero que influye en la formación de los derechos territoriales. Hay una especial afinidad entre derecho territorial y derecho feudal; ambos se oponen a derecho municipal. El derecho feudal alcanzó su expresión en determinados libros de derecho, distintos en cada territorio europeo, pero que llegaron también a constituir una especie de derecho común<sup>277</sup>.

---

mismo (*Verbo*, Speiro, XXVI, 1987, nn. 257-258, pp. 799-805), y a propósito de Hans Barion «el correcto canonista» (ib. XXV, 241-242, 1986, 223-233), habiendo situado en su *Introducción al estudio del derecho*, Rialp, 1963 a 1987 con variantes, cfr. mi reseña en RFDUCMadríd 74, 1988-1989 (en prensa) fuera de derecho propiamente dicho; no obstante la existencia de sus tribunales, el Canónico sitúa últimamente los Cánones entre el misterio y el derecho, romano, por supuesto. Por último, pero no el último, J. MALDONADO, *Curso de derecho canónico para juristas civiles*, Madrid 1967; mi res. en *Introducción al Derecho*, en la UNED, UD 5, tema XXIX, pp. 160-161, que exige un recíproco *Derecho Civil para Canonistas*.

276 1947: En cuanto elemento extranjero que influye en la formación de nuestro derecho, ha de tomarse en una acepción más reducida: el derecho feudal que alcanzó su expresión en determinadas fuentes directas, distintas para cada territorio europeo, pero que... *El Curso* de don Galo dedicaba un párrafo a los *Libri feudorum*, dentro de los «textos jurídicos extranjeros que influyen en España» (ed. 1960, p. 64), a su penetración en Cataluña (p. 67), su utilización en Partidas (p. 91), las *Costumas de Cathalunya* y las *Commemorations de Pere Albert*, Las Consuetudines de Gerona (pp. 113 y 124) aparte la mención de tratadistas: Baldo, Blanch y Ardizzone (p. 66). En la HGDE hay referencias a este elemento: *sub voces* derecho feudal, feudalismo y feudo, pero falta la relativa a los libros originarios, omitidos también entre los *Elementos Formativos*, y objeto de una lección publicada en este *Anuario de la Facultad de Derecho* en Cáceres, n. 3 (1984-1985) 27-34.

277 Sucesivamente el absolutismo, el liberalismo y el marxismo han interpuesto su cristal deformador sobre la cultura jurídica feudal, de la que se han seleccionado sus posibles abusos, que se dan en cualquier orden jurídico, y dejadas en la sombra sus posibilidades de orden y justicia. La universalidad de esta cultura, en la primera sesión de la Sociedad Jean Bodin, 1936, t. I, *Les liens de vassalité et les immunités*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada y aumentada, Bruselas 1958. He tenido la suerte de redactar las voces *Derecho Feudal* y *Feudo* para el *Dicciona-*

Entre los varios sistemas de derecho feudal, el longobardo se recibe en España, cuando a través de su elaboración científica en Bolonia, para la que habían impulsado dos famosas cartas del juez de la curia imperial Oberto dell'Orto, alcanzó los caracteres de la cultura jurídica común<sup>278</sup>. Esta recepción tiene el mismo carácter de continuidad histórica que la advertida al tratar de la Recepción romana y canónica. El nuevo derecho viene a insertarse en la evolución del derecho nacional y es como un instrumento de la misma. Los gérmenes de feudalismo puestos por la dominación franca en Cataluña se desarrollan conforme al particularismo y la autonomía del propio régimen que según Hinojosa «procede, más que de un orden general preestablecido, del concierto de las voluntades individuales»<sup>279</sup>. Los Usatjes de Barcelona contienen un derecho feudal diferente del lombardo y anterior a la recepción de éste. Motivo de su redacción y promulgación fueron los cambios sufridos por la aparición del feudalismo, o más bien, como dice Herculano, «cierto análogo espíritu de desmembración que arrastraba entre otros, fragmentos del poder político»<sup>280</sup>. Faltaba precisamente la regulación de las relaciones civi-

---

*rio de Derecho Privado*, de Labor, Barcelona 1950, y a partir de ahí experimentar una resuelta simpatía por ese orden jurídico, que encierra todavía posibilidades que sólo en nuestra asignatura pueden ser observadas y transmitidas, como elemento de formación jurídica actual.

278 1978: Hay varios sistemas de derecho feudal; para nosotros presenta un interés más vivo el longobardo, que es el que se recibe en España.

279 HINOJOSA, *El régimen señorial*, p. 5; en *Obras II*, p. 45. Exposición muy aceptable del régimen feudal, en los *Apuntes de Historia del Derecho Español*, s. a., por el catedrático Juan PERMANYER, pp. 141 ss.; sobre éste, VALLS TABERNER, *Estudios Menores*, PPU, Barcelona 1985, pp. 51-54.

280 La gran cuestión de la historiografía peninsular del XIX gira en torno a la existencia o no de Feudalismo en la Edad Media. Para nuestra asignatura, con amplia bibliografía, la desarrolla en dos secciones, Alta y Baja Edad Media, Alfonso GARCÍA GALLO, En su *Manual con Riaza* (1934), pp. 240-261 y 266-275, ampliamente reelaborado el texto en su *Curso* de 1946, ed. 1479, pp. 177-189 y 192-199, por lo que se refiere a la Alta Edad Media, más brevemente y sin alteraciones para la Baja Edad Media (respectivamente pp. 372-385 y 281-289, donde o cuando «el concepto de Estado se mantiene igual que en la época anterior», pasa con los conceptos, y ya no hay feudalismo. En la vastedad del *Manual* de 1959 ya no me atrevo, pp. 535 ss. En 1935 se había celebrado la primera sesión de la Jean Bodin, sobre «los vínculos de vasallaje y las inmunidades», cfr. AHDE 12, 1935, 533-535); sus actas publi-

les en torno al feudo y en este punto la necesidad de fijar por escrito normas consuetudinarias variadas y concretas, coincidió con la recepción del derecho lombardo que de este modo vino a ser un momento capital en el desarrollo del derecho de feudos catalán. Los *Libri* se utilizan en las redacciones catalanas feudales, que, por otra parte, conservan sus particularidades<sup>281</sup>. En Aragón y Valencia influye el derecho feudal menos intensamente.

Respecto a León y Castilla la cuestión enlaza con la más general sobre la existencia de feudalismo en estos reinos. Según Sánchez Albornoz, «a fines del siglo XI y principios del XII el feudalismo coloreó con sus tintas nuestras instituciones»<sup>282</sup>. No hay para Castilla pruebas muy abundantes de la aplicación del derecho feudal en sentido estricto<sup>283</sup>. No

---

caciones en 1936 presentan un panorama desde el antiguo Egipto, la China y el Japón, el mundo musulmán, Rusia, Francia y España, ésta a cargo de L. G. de Valdeavellano (reseña de Valiente, al ser reeditado el volumen en 1958, ib. 30 (1960) 701-702. Lo difícil es responder a la pregunta ¿Qué es el feudalismo o la feudalidad? Y a esto nuestra asignatura puede responder con los libros de derecho y los documentos jurídicos, prescindiendo de política, sociedad y economía, y de la religión, excepto el juramento.

281 Edición de las *Commemoracions* de Pere Albert, por J. ROVIRA en el vol. que contiene los Usatjes de Barcelona, Col. «Els nostres Classics» Barcino, Barcelona 1933; res. MANS, AHDE 10 (1933) 494-497. Libro de derecho feudal, el de Eulalia RODÓN BINUÉ, *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña*, Barcelona 1957; res. Font Rius, ib. 27-28 (1957-1958) 1235-1237.

282 Cf. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La Curia Regis Portuguesa, en los siglos XII y XIII*, Madrid JAE, 1920. El tema del feudalismo lo aborda en la tesis doctoral que durmió a don Eduardo de Hinojosa: «La potestal real y los señoríos en Asturias, León y Castilla durante los siglos VIII al XIII, en RABM 21 (1914), y es revolucionado por su monumental *En torno a los orígenes del feudalismo* I-III, Mendoza 1942; mi res. en AHDE 19 (1948-1949) 681-687; y antes, en 18 (1947) 834-836, sobre el mismo, «El *stipendium* hispano-godo y los orígenes del beneficio pre-feudal, de CHE, 1947. Luis G. de VALDEAVELLANO, «El prestimonio. Contribución al... feudalismo en... León y Castilla durante la Edad Media», AHDE 25 (1955) 5-122.

283 En 1947: Faltan abundantes pruebas de la aplicación del propio derecho feudal. SÁNCHEZ ALBORNOZ, «Un feudo castellano del (siglo) XIII, en AHDE 1 (1924) 387-390: «¿Hubo feudalismo en León y Castilla? ¿Qué era el feudalismo?»; concilio de Burgos 1117: «feodum, quod in Hispania prestimonium vocant». Doc toledano de 1221: «villam Moline, sicut vassalli vestri, in pheidum teneamus». Ramón PAZ, «Un nuevo feudo castellano» (1270), ib. 5 (1928) 445-448, también en Toledo: «in perpetuum feodum tria castra»; el editor supone que el arzobispo don Rodrigo había tratado de aclimatar en su señorío las instituciones europeas.

obstante, en el aspecto legal y doctrinal la recepción fue muy perfecta. En la IV Partida se utilizan los *Libri Feudorum* para regular las cuestiones fundamentales, y en la III se transmite una fórmula de concesión de feudo, procedente del Espéculo de Durantis <sup>284</sup>.

Para comprender el efecto producido en nuestro derecho por la recepción del feudal, debe tenerse en cuenta que éste entrañaba un sistema jurídico completo, no sólo referido a la tenencia y transmisión de los feudos, sino afectando a las más variadas instituciones jurídicas: condición y capacidad de las personas, sucesiones, procedimiento judicial, delitos y penas <sup>285</sup>. En Castilla los principios feudales se aplican a los mayorazgos y a las entregas de villas con jurisdicción <sup>286</sup>.

El estudio del derecho feudal, en sí mismo y en su conjunto vivo, está por razones circunstanciales en un cierto abandono. Existe en la conciencia moderna la convicción de que ha sido superado, con una típica confusión entre el orden jurídico feudal, y el complejo de abusos que en la misma se asocia a término del feudalismo. La idea vulgar tiene en este

---

284 1947: La recopilación ha sido más perfecta que en cualquier otra región; la influencia se ejerce en forma más amplia y se extiende a otras comarcas... Román Riaza, «Las Partidas y los *Libri feudorum*», en AHDE 10 (1933) 5-18; con literatura sobre feudos y una visión de los distintos territorios españoles. Parts. IV, 26 (un pequeño tratado) y III, 18 (fórmula), principalmente, y otros lugares. Esto nos basta en nuestra asignatura. ABADAL Y VIÑALS, «Las Partides a Catalunya durant l'Edat Mitjana», en *Estudis Universitaris Catalan*, 1913, y ahora en *Dels visigots als catalans*, Barcelona, 1970. S. BOSCH, «Les Partides y els textos catalans didàctics sobre cavalleria», en *Homenatge a Rubio y Lluch II*, EUC 22 (1936) 655-680. En 1947: En la perfecta recepción del derecho feudal que significa la IV Partida debe verse el motivo de su versión al catalán.

285 Del GIUDICE, «Feudo», en *Digesto Italiano* XI-2, p. 101.

286 RIAZA, loc. cit., en nota anterior, pp. 8-9, registra las obras de literatura jurídica española clásica que se refieren a feudos. Bartolomé CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad Feudal en Castilla* (1369-1836), Siglo XXI. 1974, muy erudita obra, pero confusa para mi corta inteligencia, que no alcanza a ese siglo, en cuanto a la relación con el feudalismo, a menos que de éste se tenga la noción dominante, que no me pareció discreto plantear en la ocasión, aparte mi incompetencia en dicha ideología, tampoco me lo aclara la reseña por su maestro en AHDE 44 (1944) 774-775, que acertadamente incluye «la cuestión del feudalismo» entre las que «en principio pueden considerarse marginadas del mayorazgo», y al final, mientras no se establezcan las relaciones agudamente previstas por Riaza.

terreno una casi indiscutida soberanía; en conclusión, el moderno cree que en el feudalismo nada hay que aprender. Se equivoca <sup>287</sup>.

### 36. Los elementos musulmán y judío

La convivencia durante siete siglos de dos culturas jurídicas como la musulmana y la cristiana, plantea la cuestión de sus mutuas relaciones e interferencias. No es imposible que en el derecho se hayan producido fenómenos semejantes a los que se acreditan en el lenguaje, la literatura y el arte. Sin embargo, la significación de este elemento formativo no puede establecerse a priori sino a través de una investigación muy ceñida. Poco se ha avanzado sobre los trabajos de Ribera y Ureña, que tampoco merecieron una aceptación unánime <sup>288</sup>. Método más seguro es el que

---

287 1947: El estudio del derecho feudal en sí mismo considerado y en su conjunto está, por razones circunstanciales, en un gran abandono (Nota: Le ha faltado un interés nacional como el que favoreció a la Germanística. Por otra parte, el régimen feudal fue extinguido [quizá no; quizá, como en otros casos, acabaron con el derecho feudal y tienen feudalismo sin derecho, como guerra y tortura], y es de esos *pasados* que no se han querido recordar; se ha abolido, se ha perseguido su rastro). Quizá conviniera poner en circulación las cartas del juez imperial Oberto dell Orto a su hijo Anselmo, en las que intentaba demostrar a los boloñeses que también el derecho feudal era digno de ser estudiado científicamente.

288 1947: De este defecto quizá adolecen algunos trabajos de Ribera y la supervaloración que en general hace Ureña del elemento musulmán; en su *Historia de la literatura jurídica*, Madrid 1897-1898, pp. 314-329, supone de origen musulmán la sociedad en comandita, el matrimonio a iuras, la barraganía, la potestad materna de los fueros municipales, el axovar de los aragoneses y la separación de los bienes matrimoniales vigente en Córdoba, Valencia y Mallorca. Julián RIBERA, *Orígenes de Justicia de Aragón*, Zaragoza 1897; cfr. JIMÉNEZ SOLER. De RIBERA, hay que tener en cuenta sobre todo su *Historia de los jueces de Córdoba por Aljoxaní*, texto árabe y traducción española, Madrid 1914; res. por Galo Sánchez en RDPriv. 2 (1915) 159. En la II Semana de HDE, diciembre 1948, fray José López Ortiz recapituló sobre el tema AHDE 19, 1948-1949, p. 874: «La investigación del derecho musulmán y la historia jurídica española»; semblanza y res. de sus publicaciones, por Maldonado, en AHDE 15 (1944) 5-15. Todavía accedió a exponer, por escrito y a distancia, su experiencia de arabista en la VI Semana, abril 1983, cuyo texto me permití incorporar al simposio sobre «Derecho Islámico en España», organizado por el Instituto Hispano-Árabe de Cultura, en noviembre de 1986, la publicación de cuyas actas se espera; cfr. Dr. Jesús Riosalido, ahora embajador, estudioso y editor de la famosa *Risala*, su res. de la reunión en la revista del Insti-

busca el intercambio de instituciones jurídicas a través del intercambio de la terminología, como entre «*benefactoria y maulat*»<sup>289</sup>. En las primeras grandes ciudades musulmanas conquistadas por los cristianos, como Toledo y Zara se encuentran instituciones con nombres árabes, que han pasado al vocabulario jurídico español; Leví Provençal estima su origen musulmán<sup>290</sup>.

La dificultad para precisar la efectiva acción del elemento musulmán radica en la falta de relaciones directas entre las fuentes. Quizá en aquellas relaciones que entrañan una mayor continuidad desde el punto de vista social y económico, como las de índole agraria, haya sido más intensa

---

tuto, *Cálamo*. Revista de Cultura Hispano-Árabe, n. 12 (enero-marzo) 1987, pp. 4-5, mi comunicación «El derecho musulmán en el estudio jurídico español» comprende una descripción de las aportaciones de la especialidad a nuestra disciplina, con atención a la obra de Ureña y R. Castejón Calderón entre otros, el AHDE y los manuales, entre los que conserva su mérito principal el *Curso* de don Galo, con la sobria y precisa descripción de los libros pertinentes e impulsa a su manejo y lectura en cuanto sea posible a los no arabistas, obstáculo que no debe detener a los juristas en el conocimiento de una cultura jurídica de valor no sólo histórico sino actual, con secundaria importancia del consabido tema de las influencias. 1964: En la actual crisis del carácter nacional de la HD, la consideración de los *elementos formativos* abre una nueva perspectiva a la relación entre las historias de los derechos nacionales. Separándose de los derechos europeos, el derecho español, o mejor, la HD en España, ofrece una afinidad con la de aquellos que en mayor o menor medida tienen como uno de sus elementos el derecho musulmán. En la HD en Turquía, dominada, pero no absolutamente por el derecho islámico, hay, en efecto, una época preislámica, hasta el siglo X, conocida indirecta y fragmentariamente; el proceso de islamización ha durado cuatro siglos, al término de los cuales se registra la persistencia de costumbres preislámicas. Desde 1839 se produce en Turquía la lucha entre el derecho islámico y el derecho europeo; éste triunfaría plenamente en 1923 (¿para siempre?). Con una notable diferencia cronológica (pero el tiempo es mentira) y con incomparable intensidad (es todo comparable) se da una cierta analogía estructural entre la historia del derecho español y la del derecho turco, que no carece de interés en el momento de reelaborar el concepto y los límites de la H nacional del D.<sup>o</sup> CONSCUN UÇOK, «Un resumé de l'histoire du droit turc», en RHDFE 30 (1952) 421-428.

289 MUÑOZ Y ROMERO *Del estado de las personas*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid 1883, p. 139; SÁNCHEZ ALBORNOZ, «Behetrías», en AHDE I (1924) pp. 221-225. Otro ejemplo, HINOJOSA, «Mezquinos y Exaricos», *Obras* I, p. 252.

290 LEVÍ PROVENÇAL, *L'Espagne au X<sup>m</sup> siècle*, París 1932. Mi res. de su conferencia sobre «Ciudades e instituciones urbanas en la España Musulmana», en AHDE 19 (1948-1949) 892.

la persistencia de la regulación jurídica. Ureña explicaba así el origen de la aparcería agraria y de la *rabassa morta* catalana. Con mayor claridad que las influencias sobre el derecho español, aparecen las particularidades españolas del derecho musulmán <sup>291</sup>.

A diferencia del Islam, la comunidad judía no representa una dominación política, sino que se integran en la sociedad cristiana, conservando convicciones de todo orden <sup>292</sup>. La acción del elemento judío se ejerce en varias esferas. El derecho canónico adopta principios de derecho mosaico, y con preceptos religiosos pasaron otros jurídicos al Islam. En

---

291 José LÓPEZ ORTIZ, «La jurisprudencia y el estilo de los tribunales musulmanes en España», en AHDE 9 (1932) 213-248; sostiene que hay algo genuinamente español en el derecho musulmán. Fundamental su tesis: «La recepción de la escuela málequí en España», ib. 7 (1930) 1-167 (cuestiones en que los españoles se separan de la escuela, pp. 162-167); las especialidades se reflejan también en los documentos: Salvador VILA, «Formulario notarial de Abenmoguit», en AHDE 8 (1931) 1-200. Modalidades locales: Melchor M. ANTUÑA, «Ordenanza de un cadí granadino», ib. 10 (1933) 116-137. Miguel ASÍN PALACIOS, «Una sinopsis de la ciencia de los fundamentos jurídicos, según Algacel. Análisis y extractos de la Introducción de su Mostafa», ib. 2 (1925) 13-26. López Ortiz considera los documentos árabes toledanos como un material adecuado para estudiar las posibles influencias del derecho musulmán en el castellano, en su res. de A. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, I-IV, Instituto de Valencia de don Juan 1926-30, en AHDE 7 (1931) 545-547. Vid. también sus res. a las ediciones de Averroes, «La Bidaya y Abubequer de Tortosa, Lámpara de príncipes», en AHDE 8 (1931) 567-569 y 572-574. Ahora: «La Risâla de Abū Muhammad'Abd Allāh Ibn Abī Zayd Al-Qayrawānī», tesis doctoral por Jesús Carlos Riosalido Gambotti, dir. prof. Emilio de la Cruz, Complutense, Madrid 1988; registra la tendencia a la aplicación práctica actual.

292 Puede sorprender que el *Curso* de don Galo no contiene respecto al derecho judío un capítulo semejante al que expone las fuentes del musulmán. Se trata de una ausencia accidental y no explicada, porque él mismo, en su reseña del discurso de César MANTILLA, «Derecho de los judíos de Castilla en la época de su expulsión», Valladolid 1918, en RDPrivado VII, 69, Madrid 1919, p. 192, puso de relieve que este derecho no se había estudiado desde el punto de vista español, ni puntualizado las peculiaridades que le caracterizan en nuestra patria; sensible laguna que el discurso contribuía a llenar. Consecuentemente, en mi HGDE he concedido una extensión semejante a la del Islam español al derecho de Sefarad y al de los judíos expulsados (pp. 169-175 y 244). Sobre este elemento, junto con el musulmán, mi comunicación inédita al II Congreso Internacional Tres Culturas, celebrado en Toledo, 1980, con la destacada actuación del prof. David Romano, titular de esta enseñanza, en la Universidad de Barcelona.

las relaciones económicas entre judíos y cristianos se ha supuesto una base para la comunicación de principios y prácticas jurídicas. Según Ureña, del derecho talmúdico han pasado a nuestro derecho medieval el concepto de los hijos de punible y dañado ayuntamiento, y la institución dotal aragonesa<sup>293</sup>. Volterra y Vismara insisten en los precedentes judíos de instituciones medievales cristianas<sup>294</sup>.

El derecho de los judíos españoles sufre también alteraciones en la convivencia social y la sumisión política a la que se ven sometidos<sup>295</sup>. Los judíos permanecen en los pueblos cristianos bajo la protección especial y consiguiente sumisión al Rey<sup>296</sup>. Figuras del derecho municipal

---

293 UREÑA, «La influencia semita en el derecho medieval de España», en RGLJ 92 (1898) 267-306; luego, en *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central, 1897-9898 ss, I, 1<sup>2</sup>, 1906, pp. 305-314. El autor profundizaba en el contenido jurídico, tras la obra de FRANCISCO FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ, *Introducción histórico-crítica a las instituciones jurídicas del pueblo de Israel en los diferentes estados de la Península desde su dispersión en tiempo del emperador Adriano hasta principios del siglo XVI*, Madrid 1881, quien a su vez continuaba la monumental de José Amador DE LOS RÍOS, *Historia social, política y religiosa de los judíos de España y Portugal I-III*, Madrid 1875-1876; reimpresión por Aguilar, Madrid 1960.

294 VOLTERRA, *Studio sull'artha sponsalicia*, 1930. VISMARA, *La donazio nupciale*, 1934. Sobre las correspondencias entre el derecho judío y el cristiano occidental, ZEEV W. FALK, «On matrimonial property in jewish an germanic laws», en TRG 28 (1960) 70-78. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, Cambridge 1947.

295 Fritz BAER, «De las respuestas del Rabí Acher de Toledo», en AHDE 6 (1929) 197-219. El mismo, *Die Juden im christlichen Spanien I, Urkunden und Regesten 1, Aragonien und Navarra 2, Kastilien. Inquisitionakten*, Schocken, Berlín 1929 y 1936. Sobre el primer vol. nota de SÁNCHEZ ALBORNOZ, en AHDE 6 (1929) 542-554; reseña por Kisch en SZ 57 Germ. 1937, 712-726. J. M. MADURELL, «La contratación laboral judaica y conversa en Barcelona (1349-1416) Documentos», en *Sefarad* 16 (1956) 33-71, 369-398; 17 (1957) 73-102. José M.<sup>a</sup> MILLÁS, «Contratos de judíos y moriscos del reino de Navarra», en AHDE 10 (1933) 273-286, con ref. a publicaciones análogas. Los documentos revelan que el derecho cristiano influye en el formulismo de los contratos hebraicos. Luis SUÁREZ, *Documentos acerca de la expulsión de los judíos*, en CSIC, Valladolid 1964. V. COLORNI, *Legge ebraica e leggi locali, Ricerche sull'ambito d'applicazioni del diritto ebraico in Italia dall'epoca romana del secolo XIX*; mi res. en AHDE 19 (1948-1949) 707-712.

296 El judío, siervo del Rey, en Fuero de Cuenca XXIX, 33 (ed. UREÑA, p. 632); Salamanca 341 (ed. CASTRO y ONÍS, p. 201). Libro de los fueros de Castilla 107 (ed. Galo SÁNCHEZ, p. 107). El rey toma en 1491 bajo su protección a la aljama de Ávila (FITA, BRAH

se extienden como privilegio a la comunidad judía<sup>297</sup>. Esta por su parte tiene propia jurisdicción y en las *tecanas* o estatutos territoriales o locales se fijan nuevos principios jurídicos<sup>298</sup>.

## APENDICE

### ORIGEN DEL DERECHO MERCANTIL

Por Luis FIGA FAURA

Existe la opinión generalizada de que el Derecho Mercantil procede del *ius commune*, y que su jurisdicción especial es una conquista arrebatada a la jurisdicción ordinaria. Esta visión de las cosas es, en mi opinión, errónea. Consta la existencia en las plazas de Levante de importantes y prósperas colonias venecianas y amalfitanas antes del año mil. Los siglos X y XI presencian la existencia de importantes redes comerciales y de una actividad intensa, impensable sin una normativa, anterior, por tanto, al redescubrimiento del Corpus Iuris. La estructura de los tribunales de comercio demuestra que vinieron a llenar un vacío; formados

---

11, 1887, p. 420). Entrada de un judío como familiar y doméstico del rey, en «Formulario de la cancellería real aragonesa» (USÓN, AHDE 10, 1933, 366).

297 Fuero de Ledesma 388 ss: privilegio regio en favor de los judíos, «Fuero de los judíos» (ed. Castro y Onís, p. 284 ss.).

298 F. FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ, «Ordenamiento formado por los procuradores de las aljamas hebreas... de los estados de Castilla en la asamblea celebrada en Valladolid el año 1432», en BRAH 8 (1886). NÚÑEZ BERDONCES, «Los judíos de Calatayud en el año 1436», en RABM 33 (1915) 429 ss.; ordenación de la aljama por Juan II. FRANCISCO RICO-PÉREZ propuso en el Congreso Internacional de Zamora, junio de 1981, sobre «La España olvidada» (no por mí): Los judíos, que sirviera como prueba de su nacionalidad a los Sefardíes haberse aplicado el matrimonio de sus ascendientes la tecana aprobada en 1494 para los expulsados de Castilla en Marruecos. Cfr. en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*. Madrid, Notariado, II, 1989, 631-687; y noticia de alcance de historia de derecho: La concesión de nacionalidad española a don Erol Beker, hijo de Moisés y de Simul, por carta de naturaleza, conforme el art. 21 del Código Civil, por RD 329 de 31 marzo 1989. Considerada causa excepcional, por la doctrina del doctor RICO-PÉREZ, el haber conservado los juríos españoles durante tantos siglos el idioma, las costumbres, la cultura, la religión y el amor a su patria, ministro que refrenda Enrique Mújica Herzog. La Zenia 17.VI.1989, San Jeremías.

por legos en derecho que juzgaban según su leal saber y entender. Acurcio, en su glosa *Indefense* (al Cod. IV, 18, 2, 2), habla de tales tribunales como de cosa perfectamente establecida. El primer contacto entre el mundo mercantil y el mundo de los juristas tiene los caracteres de una ruptura de hostilidades; los estatutos mercantiles italianos prohíben de forma absoluta la intervención en las causas de los abogados y procuradores. Así también la ordenanza barcelonesa de 1456: *que no admeten ni han admes en lur cort ne juyts d'aquella algun jurista o juristes per advocar ni algun causidich por rahonar o procurar*. A la declaración de guerra de los comerciantes, los juristas contestaron con una oferta de tratado de paz. Su formulación más clara se encuentra en Baldo: *Si statutum mercatorum respicit actus mercatorum respicit actus eorum vel fidem actorum, ut puta dicit statutum quod mercator possit conveniri ex nudo pacto vel quod scripturae privatae mercatorum plena habeatur fides et statuta talia valere et in quolibet foro et necdum seculari sed etiam episcopali servanda sunt*. Dos siglos más tarde la oferta sigue en pie y es resumida por Stracca. Los juristas están dispuestos a admitir las normas mercantiles sustantivas siempre que los comerciantes se avengan a someterse a las normas procesales civiles. La oferta de los juristas se manifestó en hechos que llevaron a una unilateral y temprana mercantilización del *ius commune*. Las principales manifestaciones de este esfuerzo de adaptación son la doctrina de la *renuntiatio* y la del título ejecutivo. La primera aparece ya en las *Questiones de iuris subtilitatibus*. La mercantilización de una parte importante del derecho patrimonial quedaba realizada en su punto más sensible. En materia de ejecución las normas contenidas en el *Corpus Iuris* no eran el mecanismo más adecuado para las relaciones jurídicas mercantiles. Todo intento de adaptación no podía tener más que un objetivo: lograr la posibilidad de ejecución por la simple existencia de un documento. Este resultado se consiguió en dos etapas. La primera persiguió la eliminación de la necesidad de ejercitar la *actio iudicati*, siguiendo el camino de transformarla en una *actio in factum*. La segunda etapa era nada menos que la eliminación del proceso de cognición. Los caminos más dignos de mención son la sentencia preventiva, la cláusula *guarentigia*, la *obligatio camerális* y la cláusula de terç. Las concesiones de los juristas habían ido demasiado lejos: el principio *solve et repete* amenazaba con aplicarse en todas las obligaciones. El estamento mercantil no se dejó ablandar por las amabilidades de los doctores *in utrumque ius* y las puertas de acceso al mundo comercial continuaron cerradas. El punto de vista de los comerciantes quedará crudamente formulado por un autor del siglo XVI: «La jurisdicción consulaire fait sècher sur pied la chicane qui meurt d'envie de mettre la griffe sur un morceau si gras qu'est le commerce». No es de extrañar que el veto de los comerciantes se mantuviera. Pragmática de 1494 para el consulado de Bilbao: «sin dar lugar a luengas ni dilaciones de malicia ni plazos de abogados». Hevia Bolaños (1617): «En las causas que se traten en el Consulado... no se pueden admitir peticiones de abogados... aunque se ha de determinar según derecho... porque el guardar el orden judicial no puede perjudicar». Ordenanzas de Bilbao, 1737, I, 6: «sin dar lugar a dilaciones, libelos ni estilos de abogados». Si la actitud de los comerciantes fue invariable, no lo fue menos la de los juristas. Durante cinco siglos se desarrolló una batalla de desgaste. Constante, duro y despiadado fue el ataque de los juristas contra la equidad mercantil. Baldo: *aequitates hominum non habet in se pondus statuti, nisi legibus vel consuetudine praescripta sint roboratae*. Stracca: *ignaros imperitosque mercatores qui se aequitatis megistros esse credunt*. Sería interminable la cita de autores que arremeten contra la equidad mercantil. El

tercer frente puede ser calificado como campaña publicitaria del saber de los juristas. Lo forman mercantilistas clásicos. Pierre de Landry recoge en su *De Mercatura* (fines del siglo XVI) sentencias de la Rota de Génova, la obra de Stracca y veintitrés monografías de otros tantos autores, que enfocan y dan tratamiento civil a temas mercantiles. Todos se basan en el *Corpus Iuris Civilis*; con algunas concesiones a los usos mercantiles. Casaregis sintetiza esta actitud: *Io non nego che per intendere la forza e il vero senso de loro conti scritture e carteggi... non si deba ricorrere al loro giudizio... ma il decidere poi quello che riguarda l'essenza e la qualità delle obbligazioni deve essere solo provincia de piu esperti e prudenti professori*. Variadas circunstancias contribuyeron a que la batalla empezada en el siglo XIV terminara en el XIX con la victoria del estamento jurídico: en primer lugar, la incapacidad de los comerciantes para crear, por sí mismos, la ciencia del derecho. En segundo lugar, el cansancio de los mismos comerciantes. Y en último lugar, la lenta y progresiva sustitución de los usos mercantiles y de la equidad por un derecho legislado. Antes del desenlace hubo un conato de resistencia: en la discusión de los Códigos franceses de Procedimiento Civil (art. 414) y del Comercio (art. 627), cuando se enfrentaron dos posiciones contrarias tanto en relación con la representación de los litigantes (*avoués*) como con su defensa (*avocats y agréés*). En España la evolución se produjo por el camino de la práctica más o menos tolerada hasta que el Decreto de 6 de diciembre de 1868 suprimió los tribunales de comercio. La desvirtuación de lo que constituía la razón misma de ser del derecho mercantil debía de producir resultados catastróficos para el estamento de los comerciantes: el alargamiento, complicación y encarecimiento de los pleitos, consecuencia directa de la intervención en ellos de los juristas. El estamento mercantil quedaba —y sigue actualmente en tal situación— huérfano de toda cobertura jurídica eficaz. La supresión de diferencias procesales llevó a creer en la inexistencia de diferencias substanciales, partiendo de lo cual se pasa fácilmente a afirmar que el derecho mercantil procede por evolución del derecho civil. (*Excerptio*, por R. G. 29.III.83. San Eustasio).

La ocasión aprovecho para ponderar la importancia de esa comunicación del notario de Barcelona D. Luis Figa Faura (cfr. supra. n. 179) a la VIª Semana de HDE (1983) que fue favorecida con las aportaciones de otros colegas suyos (cfr. *Revista de Derecho Notarial*, 121-122, Madrid 1983, 413-437), y para reiterar a mis antiguos compañeros (yo no comemos el mismo pan) la conveniencia y la necesidad de convocar la VIIª Semana en Barcelona, aprovechando el año olímpico y los vientos favorables a la cultura catalana que tanto impulso pueden dar a la hispánica y a la universal del derecho. Tal vez una fortuna fueron las dificultades que se opusieron a la celebración de la VIª en un Centro Asociado de la UNED en Barcelona, como era el propósito inicial de su convocatoria, porque de este modo quedó reservado para la ciudad ilustre la culminante VIIª, que puede superar a todas las anteriores en diversos sentidos. R. G. 161.90, Marcelo pp., mr.