

BIBLIOGRAFÍA

MELICHER (THEOFIL): *Der Kampf zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche*. Weimar, Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1930; 287. IV págs. (Conclusión.)

La Reconquista presenta, en cuanto a la situación de la nobleza y el clero, un cuadro muy semejante al del Estado visigodo. Conocidísimos son los textos que aluden a una restauración del orden godo en ciertos reinados, como en el de Alfonso III de León. Conservan las clases elevadas el derecho a elegir los monarcas; se sientan con el rey para entender en asuntos judiciales de importancia, que si en la época visigoda parecen limitados a los casos de alta traición, en la Curia leonesa se extienden a muchos otros casos y, en principio, para entender en asuntos que afectan a sus iguales; pueden despedirse del rey, cuando éste no les hace justicia y hasta, una vez expatriados, luchar contra él. A este derecho feudal de resistencia, que encuentra sus raíces en la época visigoda, se le agregan luego, en el Estado aragonés, los privilegios llamados de la Unión. Al antiguo privilegio de la *morgengabe* sucede una donación consuetudinariamente establecida, y que recoge el Fuero Viejo de Castilla (V, 1, 1 y 2), consistente en un tercio de los bienes, en concepto de arras, y como donación propiamente tal una serie de objetos (mula ensillada, piel de abortones, etcétera), minuciosamente descrito alguno de ellos. Pero en el Fuero Real se toma de modelo la ley visigoda y sólo se permite en concepto de arras el décimo de los bienes, aunque extendiendo el precepto a todas las clases sociales (III, 2, 1).

El matrimonio experimenta una serie de equiparaciones con otras uniones sexuales, ya que éstas producen muchas veces efectos análogos: los clérigos, que no pueden contraer matrimonio, pueden, en cambio, tener barragana y los hijos les heredan, según atestiguan los Fueros municipales. Y cuando no ocurre esto, muchos casados tienen mu-

jer legítima y concubina. Aun algún Fuero, como el de Teruel, que castiga la bigamia con pena de muerte, suaviza esa sanción cuando se trata de nobles.

Los privilegios de orden penal subsisten: pueden servir de ejemplo la menor penalidad en los casos de hablar mal del rey, con respecto a la señalada para los que no sean nobles o eclesiásticos; y los 500 sueldos que el *Liber*, en su redacción ervigiana, había señalado como *wehrgeld* de todos los hombres libres, se ve limitado a los nobles en las fuentes castellano-leonesas, ya locales, ya territoriales.

Destinado el capítulo 5.º a las causas deshonorantes como restrictivas de la capacidad de obrar, divídese en dos secciones y una breve introducción, destinada a señalar el aprecio que hacían los germanos del honor y los efectos que su pérdida producía, muy parecidos a los de la pérdida de la paz. De las dos secciones, una se consagra a la infamia visigoda y la otra al mismo tema en las fuentes de la Reconquista.

La infamia en las fuentes visigodas, según Dahn, se asemeja a la considerada por los textos romanos; pero es preciso hacer constar que la inhabilitación para ser testigo, que viene a constituir la nota típica de la infamia visigoda, es más bien germánica que romana, y además que en alguna ley de Chindasvinto, que en parte copia modelo romano, se añade precisamente esa incapacidad (III, 5, 3) a las otras sanciones contenidas en el modelo. ¿Cuál es, generalmente, la causa de esta incapacidad? Haber faltado a la veracidad, a la fe jurada en otro asunto; el incapaz para ser testigo lo es en general para actuar en negocios jurídicos, ya privados (cargo de tutor), ya procesales (actuación como juez, prueba de juramento). De esta última incapacitación resulta como consecuencia lógica que Egica sometiese a estas personas, en los asuntos que les afectasen, a la prueba caldaria y que no estuviesen exentas de tormento. Produce también esa infamia en ciertos casos incapacidad para ser heredero. Si en los efectos la infamia visigoda coincide perfectamente con los demás derechos populares germánicos, en cuanto a las causas, que según César y Tácito vienen a ser la cobardía en la guerra, la ruptura del juramento y el robo dentro del propio país, viene a ocurrir lo mismo.

Estas concepciones germánicas se reafirman en las fuentes posteriores. Lo confirma la legislación general elaborada en el Concilio de León de 1020, que acentúa aún más la penalidad contra el testigo falso (destrucción de su casa, cuyo sentido germanista ya hizo notar Hinojosa), si bien aquí no se trata solamente de un efecto de la pérdida del honor, sino, más aún, de la pérdida de la paz. En los Fueros municipales se encuentran con frecuencia sanciones análogas de inhabilitación para ser testigo, aparte otras penas de tipo ejemplar, e incapacidades para ocupar cargos públicos. Aparece igualmente en los fueros una incapacidad especial para heredar o un motivo de desheredación por

incumplimiento de la voluntad de los padres o de las personas que hayan de autorizarlo, en cuanto al matrimonio, o prohibición de hacer testamento los condenados a muerte. En conjunto: un cuadro semejante, aunque ampliado en motivos y efectos, al que ofrece el derecho escrito visigodo.

El sexto capítulo se consagra a estudiar el problema que podríamos llamar de ciudadanía y de los grados de participación en ella, como causa de diferenciación en la capacidad jurídica y de obrar. El derecho germánico primitivo proclama el principio de que el extraño al pueblo carece de protección jurídica: por eso el privarle de sus bienes no constituye robo; si el trato con otros pueblos les obligó a modificar aquellos principios radicales, no les hizo abandonarlos por completo. Los visigodos, que llevaron a cabo emigraciones muy dilatadas, hubieron de sufrir las consecuencias de ese principio y en ellos se desenvuelve la institución de la hospitalidad, en su aspecto activo y pasivo, como un remedio a esos inconvenientes. Así los capítulos euri-cianos designan a los romanos cuyas tierras se han repartido los visigodos como *hospites*; a la cabeza del *Liber* se proclama que el legislador debe ser solícito con el extranjero y se castigan los daños que se causen a los viandantes durante el camino, sin distinción de que sean nacionales o extranjeros. En otros lugares se les autoriza a acampar y hacer fuego; a introducir sus ganados en las tierras destinadas a pastos; aprovecharse de las ramas caídas, sin cortar nunca árboles por el pie, ni hacer estancias mayores de dos días. Y en las disputas que los comerciantes extranjeros tengan entre sí, el derecho visigodo reconoce la jurisdicción de unos magistrados extranjeros, acaso cónsules, los discutidos *telonarii*. Quedan, sin embargo, sometidos a la jurisdicción indígena por los pleitos, ya civiles, ya criminales, que tuvieran en territorio visigodo. Los extranjeros no comerciantes es posible que gozasen de análogos privilegios, por lo menos hasta la publicación del Código recesvindiano, que excluyó la aplicación de las leyes romanas, como de cualquier otro derecho extranjero.

La situación de los extranjeros en las Monarquías posteriores a la visigoda es muy variada y revela concepciones distintas y aun contrarias: de un lado, en ciertas villas, los núcleos de gentes extranjeras (francos, *verbi gratia*) gozan hasta del privilegio de designar un juez; los caminos públicos están sometidos a la tuición regia; se crean hospitales y hospederías para extranjeros; se señalan penas severas contra los delincuentes que hagan víctimas de sus fechorías a los extranjeros y se recuerdan preceptos de la legislación visigoda en cuanto a la posibilidad de apacentar rebaños los extranjeros y establecer sus lugares de descanso en tierras de propiedad particular; no se admiten tampoco los derechos de aubana y de naufragio. Por otra parte, la situación de guerra casi constante hace renacer una dureza de costum-

bres grande y produce una vuelta a aquella situación en que la fuerza priva sobre el derecho: la llamada época del "faustrecht".

El capítulo séptimo está dedicado a la creencia religiosa como causa determinante de diferencias en la capacidad jurídica y de obrar. Para el derecho germánico primitivo no existe un problema de confesiones religiosas, porque el pueblo lo constituyen únicamente personas unidas por lazos de igual procedencia y de culto idéntico. Es el Cristianismo el que, al iniciarse las conversiones, provoca una lucha contra el paganismo, que, con respecto a los visigodos, había empezado ya antes de su entrada en la Península, pero que perdura cuando ya están asentados definitivamente. Que existe una predicación temprana entre los godos lo atestigua la asistencia de un Obispo de ellos a Nicea. Es Fritigern el caudillo que representa a los elementos convertidos, el que después de varias luchas con su rival Atanarico, aún mantenido en el paganismo, decide al pueblo a la empresa de penetrar en el imperio romano. Una vez constituidos en reino independiente, de hecho subsisten, sin embargo, prácticas paganas, como la reunión de las asambleas populares en época de luna nueva. Desconocemos los pormenores de la lucha que el arrianismo, la religión oficial, hubo de sostener con los restos de la antigua pagana; sin embargo, por analogía con lo dispuesto en la *Lex romana visigothorum*, donde se transcriben disposiciones contra el paganismo dictadas por los Emperadores cristianos, es de creer que aun antes de Recaredo existiesen preceptos represivos. Bajo aquel monarca se advierte claramente el empeño de la Iglesia en perseguir los restos de prácticas paganas, mezcladas con otras de tipo supersticioso, según atestiguan los cánones del mismo Concilio III de Toledo. Y aun en reuniones posteriores se encuentran mandatos y condenaciones que atestiguan la persistencia de ciertas prácticas del mismo tipo. Varios de estos preceptos son recogidos de leyes romanas, reunidas en el Breviario alariciano. En el Código recesvindiano encontramos después leyes de este monarca y de Chindasvinto sobre la misma materia, pero ya con penalidades germánicas: declarar incapacitados para dar testimonio ante los tribunales a los autores de maleficios, sortilegios o adivinaciones y aun a los que concurriesen a sus ceremonias. Pero que no llegaron a extirparse enteramente, no ya estas manifestaciones, sino aun otras de cultos idolátricos, lo prueba el Concilio XII de Toledo, que alude expresamente a los que practican el culto de los ídolos y a los que veneran piedras, árboles o fuentes. Y todavía se repiten las censuras y condenaciones en tiempos de Egica.

Por lo que hace a la lucha de arrianismo y catolicismo, es Eurico el que inicia la persecución contra los católicos cuando entra triunfante en la Península. Sus antecesores habían observado una gran tolerancia frente a sus súbditos de esa confesión, discrepante de la oficial arriana.

De los monarcas posteriores, el que intenta destruir el catolicismo es Leovigildo, facilitando primero a los católicos el paso al arrianismo y conminando después a los que no se conviertan con destierro y confiscación de bienes, medidas que el propio autor se ve obligado a derogar mediante una amplia amnistía. Pero aquí termina esta fase de las relaciones: Recaredo se convierte oficialmente al catolicismo y le sigue gran parte de su pueblo. Parece existir un momento de vacilación en el reinado de Viterico; pero bajo Chintila se reafirma la posición del Estado frente a la Iglesia católica al declarar dicho monarca en el Concilio IV de Toledo que nadie podría vivir en su reino que no fuese católico.

Ofrece un gran interés la posición de los judíos. Contra ellos también va dirigido el precepto de Chintila, antes recordado, pero se trata de un problema doble: de religión y de raza. Ya se encuentra una situación jurídica especial para los judíos dentro del Imperio romano, consecuencia de la posición que se les reconoce, de pueblo extraño y hasta enemigo del Estado y de la Religión cristiana, pero a quien se le consienten las ceremonias de su culto y a quien se ha de conceder protección para la vida y propiedad, así como permiso para valerse de su propia legislación, en ciertas condiciones. En méritos de aquella primera consideración, les está vedado el acceso a los cargos públicos y la posesión de esclavos cristianos; pero estos preceptos, recogidos en la *Lex romana visigot.*, no debieron observarse, puesto que en el Concilio III de Toledo se reproducen las líneas generales del Derecho romano respecto a judíos. Tales preceptos del Concilio citado debieron producir leyes seculares, de las que solamente una se ha conservado en las colecciones posteriores. En el reinado de Sisebuto comienza la persecución contra los judíos y las conversiones en masa, que San Isidoro reprueba. Chindasvinto dicta nuevas disposiciones, dirigidas ahora especialmente contra los que abjuran de la fe cristiana, y en los reinados intermedios entre el de Sisebuto y el suyo, menudean las disposiciones, ya meramente eclesiásticas, ya sancionadas por la autoridad civil. Al ordenar Recesvinto la recopilación por vez primera de las leyes visigodas, con validez general para todos sus súbditos, se recoge también la legislación sobre judíos, aumentándolas con nuevas medidas (prohibición de que celebren solemnemente sus fiestas, de contraer matrimonio conforme a los ritos mosaicos y de abstenerse de ciertos alimentos). Pasan veintiséis años de silencio en la legislación respecto a los judíos. Es ahora Ervigio el que vuelve a ocuparse de la cuestión, sometiendo primero una colección de leyes a la aprobación del Concilio XII de Toledo, e incorporándolas luego a la edición revisada del *Liber*. En ellas se cierra más el círculo de las prohibiciones y de las medidas de vigilancia; pero tampoco son eficaces. El último que intenta reducir los judíos a la obediencia es Egica, con medidas ex-

tremas, como la promesa de liberación de los impuestos especiales para aquellos judíos que se mantengan fieles a la confesión cristiana y la prohibición de ejercer el comercio para los que reincidan en las prácticas judaizantes. Es éste quizás el motivo ocasional de que los judíos busquen apoyo en el Norte de Africa. Aún el Concilio XVII llega más lejos, aludiendo ya a los tratos de los judíos españoles con los de Africa, y amenazándoles con separar a los hijos de sus padres, desde que aquéllos cumplan siete años, para que sean educados por buenos cristianos, y la reducción a la suerte de esclavos, al arbitrio del rey, de los adultos, repartiéndolos entre las provincias más alejadas.

En la época post-visigoda pueden apreciarse aún restos de paganismo: augurios, encantamientos, observación de astros, hechicerías, son usados lo mismo por gentes del pueblo que por personajes elevados. Lo atestiguan las fuentes jurídicas y las literarias: recuérdese, *verbi gratia*, el caso del Cid. La hechicería es ejercida principalmente por mujeres y la preocupación de que puedan causarse maleficios aparece reflejada en los fueros. Las sanciones más frecuentes miran o a privar de protección jurídica (Fuero de Zamora) o por lo menos a privarles de ser testigos en cualquier asunto judicial.

El párrafo 5.º de este mismo capítulo se dedica a examinar la posición especial de los musulmanes. Cuando éstos no fueron reducidos a esclavitud, disfrutaron de una posición semejante a la de los extranjeros en los derechos germánicos. Son éstos los llamados en los fueros "mauri pacis", equiparados con frecuencia, en cuanto a las prescripciones del derecho local, a los demás pobladores (Fuero de Caseda), si bien con alguna limitación, como la de no poder ser presentados como testigos en los procesos entre cristianos.

El párrafo 6.º trata de la posición de los judíos en las monarquías de la Reconquista. El motivo de su cambio de situación, con respecto a la época visigoda, reside en que dentro de ésta, es la diferencia de religión el motivo de su trato diferencial: luego, en cambio, es la separación de razas. Conforme al derecho germánico, son tratados en concepto de extranjeros y, por tanto, como esclavos, es decir, que no gozan de protección jurídica. De hecho, sin embargo, su posición es muy diferente y disfrutaban de un casi monopolio de ciertas profesiones (médicos, boticarios, cambistas...) que asegura su influencia. Están sometidos directamente al Rey, a quien corresponde percibir el *wehrgeld* y las penas pecuniarias por los delitos que contra ellos se cometan. El rey les garantiza el respeto a su vida y propiedades y en ocasiones se les equipara en derechos con los cristianos; pueden practicar su culto, y para los procesos entre judíos y cristianos se estipula que en la prueba testifical deben participar personas de las dos confesiones y lo mismo se establece en algún fuero para los tribunales que hayan de entender en esas diferencias. El juramento lo prestan los judíos con-

forme a un formulario especial. Ciertas limitaciones en su capacidad para realizar actos jurídicos proceden del Derecho romano o de la legislación eclesiástica: la prohibición de contraer matrimonio con cristianos o de criar hijos de éstos; celebrar juntos banquetes, recibir intereses en los préstamos hechos a cristianos, etc.

La segunda parte de la monografía que venimos extractando se dedica a las comunidades de personas (*Personengemeinschaften*), así como la primera estaba consagrada a la persona individual. Son cuatro las personas jurídicas o colectivas que aquí se estudian, siguiendo el mismo procedimiento de dedicar unas líneas a su consideración general ante el derecho germánico y sendos apartados a su estructuración en derecho visigodo y en el de los Estados de la Reconquista: *sippe*, comunidad familiar; la marca o asociación de vecinos; la sociedad en mancomún, y el Estado.

La comunidad familiar pertenece a la prehistoria germánica y abarca a todas aquellas personas en cuya agrupación puede descubrirse el titular común de los mismos derechos y deberes. Comunidad de paz, retiene una cierta autoridad penal sobre sus miembros; ejerce la tutela de los incapacitados y de las mujeres; interviene en los matrimonios; ejerce la venganza de sangre, recibe el *wehrgeld* o lo paga, según los casos; presta el juramento compurgatorio y llega hasta a gozar de derechos hereditarios. La significación de la *sippe* como una asociación agraria, militar y religiosa desaparece pronto; pero los derechos hereditarios de la *sippe* dan a entender que hubo una propiedad colectiva en otro tiempo.

Entre los visigodos el parentesco de sangre jugó un importante papel, como lo prueba el que en las persecuciones religiosas de Atanarico, la agudización de las luchas tuvo por origen que los grupos familiares se defendieron juntos, aunque los separasen diferencias religiosas individualmente. La forma de asentamiento de los visigodos en territorios poco extensos reforzó el sentimiento de solidaridad familiar, y aunque desaparece después, al invadir el Imperio romano, la razón de ser de muchas de las facultades que disfrutaba la familia, por ejemplo, en materia penal, todavía en las desnaturalizadas instituciones germánicas de la *Lex visigothorum* quedan huellas de la concepción de la *sippe* como un Estado dentro de otro Estado y en ciertas atribuciones más señaladamente: consentimiento para el matrimonio, por ejemplo, ya explicado, aunque aquí vuelva a tratarse el tema desde este punto de vista, advirtiendo la ampliación que para las facultades de la familia en ese punto representan las modificaciones introducidas por Ervigio en la ley 2, tít. I, lib. III: protección al honor de

la mujer prohibiendo al médico que las sangre sin estar presente alguna persona de la familia; prohibición de contraer matrimonio con esclavos, bajo pena de caer ella misma en servidumbre de sus parientes; tutela de sexo, a falta de hermanos. De la antigua facultad de recibir el *wehrgeld* por los delitos cometidos contra un individuo de la *sippe*, no quedan apenas huellas en el derecho visigodo, pues sabido es que la influencia de los derechos romano y canónico tendió a eliminar ese sistema; pero aún pueden encontrarse algunos vestigios, como el precepto relativo a la *traditio in potestate* de los que vendiesen a un libre como esclavo (VII, 3, 3); u otros análogos, como el relativo al juez que injustamente hubiese impuesto pena de muerte, o al falso acusador. Los parientes quedan todavía obligados, conforme a la recopilación visigoda, a iniciar y sostener la acusación en los casos de homicidio y adulterio, entre otros delitos; y aún conservan derechos sucesorios *ab intestato*, si bien en medida muy atenuada, pues no subsiste la antigua copropiedad de bienes, fundamento del derecho hereditario de la comunidad de parientes.

Destruída la Monarquía visigoda, recupera la *sippe* mucho de su significación originaria como verdadera persona jurídica; *verbi gratia*, en las facultades concedidas para que reclame en caso de abusos cometidos por un señor contra sus criados, por parte de la familia de éstos; o la otorgada frente a las viudas que dejasen de hacer la oblación acostumbrada en sufragio de los antepasados de su marido; en las mismas atribuciones para intervenir en los matrimonios, reguladas en forma distinta que en las leyes visigodas, y hasta en ciertas cuestiones que rozan con el orden público, como la de los tutores que administren mal y su sustitución, en que interviene la *sippe* y no es necesario acudir a la autoridad, como ocurría conforme al *Liber*. En el derecho penal reaparece, aunque en forma atenuada, por exigirse una previa declaración judicial en muchos casos, la venganza privada y la enemistad, ya familiar, ya pública; otros rasgos característicos del antiguo derecho penal germánico, como la responsabilidad penal colectiva, sin culpa, tuvieron una vida efímera. Los familiares del delincuente ni están completamente excluidos de la venganza del ofendido o de sus parientes, ni tampoco experimentan directamente en sus propios bienes los perjuicios económicos que fueran consecuencia de aquellos delitos. Quedan, sí, obligados en ciertos casos a salir fiadores del culpable, ya por su responsabilidad personal, ya por los perjuicios que haya irrogado o pueda irrogar su estancia en el lugar donde vivan los familiares del perjudicado. El juramento compurgatorio, desconocido en el *Liber*, reaparece en fuentes antiguas, como el Fuero de León y después en muchos otros textos. La participación de los parientes en la herencia, ya admitida por la legislación visigoda, reaparece robustecida en los fueros, unas veces en favor de los descendientes

con la cuota legitimaria, o simplemente limitando a una escasa porción (el quinto) la libre facultad de disponer; otras, prohibiendo la enajenación de inmuebles por cualquier título habiendo parientes dentro del cuarto grado del trono de donde los bienes procedan; y llegando al extremo el Fuero Viejo de Castilla cuando prohíbe al hidalgo enfermo disponer de más del quinto en favor de su alma, pues el resto débenlo heredar los parientes. Son, por último, manifestaciones de esta solidaridad familiar en cuanto a los bienes, el tanteo y el retracto en favor de parientes, que se conceden en varios fueros municipales.

La segunda sección de esta parte se dedica a la comunidad agraria o asociación de la marca. Si la *sippe* o comunidad familiar estaba ya íntimamente unida a un territorio al irse reuniendo varias familias y darse más espacio a la propiedad individual, quedó, sin embargo, una cierta parte común: el *allmend*. Pero además, una serie de preceptos relativos a la utilización de todos los campos, ya cultivados, ya utilizables como bosques o como terrenos de caza, unían a los miembros de esas diversas familias en una comunidad de hecho, penetrando incluso en el ámbito del derecho privado para cuando sus componentes falleciesen sin herederos y formaban una comunidad defensiva, que recuerda los antiguos vínculos de la sangre frente a los extraños.

Estas asociaciones de vecinos de la antigua constitución germánica pueden encontrarse entre los visigodos, aunque experimentaran modificaciones al penetrar en el Imperio romano, donde se les concedieron tierras por los emperadores, títulos que quedaron rotos al iniciarse las hostilidades, y pudiendo afirmarse que la Tracia estuvo sometida a un régimen de conquista la mayor parte del tiempo. El asentamiento en las tierras de las Galias y España tuvo lugar no conforme al modelo visigodo sino conforme al sistema romano de adjudicación de lotes o cuarteles (Cód. Theod., VII, 8, 5, pr.), guardando un tercio los romanos y adjudicándose dos los visigodos (Cód. eur., cap. 277); debió existir también una porción del territorio, considerable en su extensión, sometida al régimen de conquista, como lo evidencia la toponimia de nuestra Península en épocas posteriores (la Goda, Godiño, Revillagoda...). En estos casos y cuando el asentamiento tuviera lugar en tierras aún no cultivadas, probablemente el sistema sería de adjudicación de una cierta extensión, libremente y sin sumisión al otro tipo del acuartelamiento. De estos varios modelos de asentamiento debió surgir la comunidad vecinal, quizás con alguna supervivencia ibérica y modalidades romanas; pero que su origen más importante es visigodo, lo comprueba una ley de Leovigildo (VI, 1, 8) excluyendo la responsabilidad vecinal por delito. Quedan huellas, igualmente, en la *Lex*, de la existencia de tierras cultivadas en común, dictándose disposiciones para evitar que se impida el paso a ellas, así como también regulándose la forma de adquirir, por ocupación, campos vacantes. Pero aun donde no

llega a implantarse el sistema de aldeas, agrupamiento de casas, sino de granjas aisladas, donde se llevó a efecto el reparto material con los romanos, quedaron en común, por lo menos, los bosques (X, 1, 9) y la utilización de las hierbas (VIII, 5, 5); hay, además, preceptos de policía que presuponen la existencia de esa comunidad; la facultad, *verbi gratia*, concedida a todo vecino para expulsar de sembrados, aun ajenos, a los animales que en ellos encuentre (VIII, 3, 16); la apreciación, por vecinos, de los daños que causen en los sembrados esos mismos animales (VIII, 3, 13 y 15); la obligación de dar noticias de las trampas o ingenios colocados para cazar; el deber de guardar los animales mansos que se encontrasen fugitivos con la misma diligencia que los propios (VIII, 5, 7 y 8). Y en algún precepto se observa el interés en delimitar las cosas comunes de las de propiedad individual, obligando a vallar aquellas heredades que lindan con río o camino público (VIII, 4, 25 y 27). Aún podrían añadirse otros preceptos: la facultad de apropiarse los animales que se confunden con los propios en un prado, siempre que jure el dueño no los guardó con mala fe ni los oculte (VIII, 4, 14). No se encuentran, en cambio, huellas en la *Lex* del derecho de reversión a la comunidad vecinal de los bienes de un convecino, ni tampoco de la facultad de retraer los bienes comprendidos dentro de la marca que se hubiesen vendido a un extraño. Queda, sí, patente la exclusión de estos extraños de los aprovechamientos comunales, evidenciada por la facultad, uniformemente otorgada por los derechos germánicos, de privar del carro y de las caballerías que llevare a quien fuese sorprendido recogiendo madera en bosques de marca distinta de la suya: la prohibición de estos extraños a la marca de llevar ganados a pastar, salvo concesión (VIII, 5, 1). Esta idea no quita la posibilidad de que los transeúntes puedan acampar, según ya se indicó y hasta beneficiarse de ciertos productos de la tierra. Aún pueden encontrarse huellas de la intervención de la comunidad familiar y de la marca al hablarse de la división hecha con los romanos (X, 1, 8); los límites entonces establecidos se declaran intangibles desde el Código euriciano (cap. 277 y *Liber*, X, 3, 1), y son los convecinos quienes, caso de alterarse esos límites, deben deponer para restaurarlos. En el orden penal, eliminada la responsabilidad colectiva y el juramento compurgatorio de la *Lex*, sólo quedan algunos vestigios, como el de la mujer que necesite protección y cuyos parientes no estén presentes, que puede reclamarla de los vecinos (XI, 1, 1).

En la época post-visigoda, la comunidad de la marca alcanza un desenvolvimiento incomparablemente mayor que en el Imperio visigodo, no limitándose a ser una comunidad económica, sino trascendiendo al orden jurídico, político, civil y penal. La Reconquista impone la agrupación de casas en aldeas para la defensa común; las tierras se otorgan, ya en propiedad, ya en usufructo, por el Rey o los nobles, en forma

de concesiones colectivas, y son los *vicini* y su agrupación el *concilium*, los que administran los intereses comunes, aproximándose considerablemente al régimen alemán de las *Landsgemeinde*, que tanto se parece a la organización de la marca. El régimen de disfrute de las tierras en algunas comarcas se aproxima a la forma del reparto colectivo, formando un número de lotes igual al de vecinos y sorteándolos cada diez años; pero, en general, prepondera la propiedad individual, con restos semejantes a los examinados en el período visigodo, de utilización en común, ya a título de servidumbre, ya en concepto de propiedad comunal (montes, ríos, fuentes, canteras, prados). También los preceptos de policía, el velar por cuyo cumplimiento corresponde a los vecinos, recuerdan las leyes visigodas, si bien se nota la tendencia a nombrar funcionarios especiales para asegurar su observancia: montaneros, deheseros, mesegueros. Hay fueros que dedican una atención especial a la protección del patrimonio comunal, como el de Soria; muchos de sus preceptos recuerdan los paralelos del *Liber*, aunque con modificaciones de importancia. Este mismo fuero regula minuciosamente la reparación de los daños ocasionados por los ganados o producidos a éstos. La exclusión de los no vecinos en los aprovechamientos comunales se encuentra recordada, y en algunas redacciones locales se exige (Fuero de San Sebastián) para alcanzar calidad de vecino, no siendo navarro, autorización regia y consentimiento de los vecinos. Como consecuencia de esta estrecha solidaridad vecinal, se establece un derecho de sucesión en favor del Concejo sobre los bienes de los vecinos muertos sin parientes, aunque imponiendo a veces la obligación de invertir los bienes en limosnas por el alma del causante. En el Fuero de Cuenca un precepto exige, para que tenga plena eficacia la sucesión en favor de los parientes, que éstos, si no son vecinos, se afinen en Cuenca, dando fianza bastante de que permanecerán allí como pobladores diez años al menos. En lo que más se distingue esta asociación de vecinos del modelo visigodo es en la percepción del homicidio del convecino en ciertos casos, que, unida a esos derechos sucesorios, hace pensar plenamente en una comunidad jurídica tanto como económica, concepción que se revela igualmente en el precepto de igualdad ante la ley que explícita o implícitamente se encuentra en varios fueros, al señalar la común observancia de éste por todos los habitantes. La expresa liberación de responsabilidad criminal por delitos de los convecinos, otorgada como privilegio ya desde antiguo, y su perduración hasta muy entrado el siglo XII, indica que la comunidad de vecinos funciona no sólo en su vida interna sino en sus relaciones como una persona jurídica, concepción que todavía puede robustecerse con la afirmación de que el Concejo es capaz para perseguir a un enemigo de la comunidad. Los convecinos se auxilian como testigos o cojuradores y hasta en la persecución del que agravia a uno de ellos o

en la ejecución de penas, como el derribo de la casa de ciertos delincuentes.

Dedícase la tercera sección de esta parte a la asociación en mano común o mancomunidad. Contrapuesta a la comunidad de la marca, en cuanto ésta es una extensa asociación económica y la otra, por el contrario, está reducida a la casa u hogar. Repartido el territorio entre las familias, es al padre en éstas a quien pertenecen las tierras, aunque en común con los restantes miembros de la familia, y prueba de que es éste el concepto puede ser la circunstancia de que, muerto el padre, continúa la comunidad familiar. Ninguno de sus miembros podía individualmente alegar derecho sobre los bienes comunes, ni sobre la totalidad, ni sobre alguno de ellos: pertenecen a todos y los derechos habrán de ejercitarse en común; de esta comunidad quedan excluidos los bienes muebles. La comunidad de bienes producida por el matrimonio es posterior a este cuadro: la mujer, primitivamente, carece de derechos sobre los bienes inmuebles.

Debieron conocer los visigodos, como todos los germanos, esta comunidad familiar; pero es lo cierto que en beneficio de la Iglesia arriana, ya Eurico estableció el principio de libertad de testar, y al introducirse la disposición, sin trabas, de los bienes heredados, se quebrantó la comunidad doméstica, pero no desapareció del todo, ni siquiera en el *Liber*: incidentalmente se alude en él a la posibilidad de que los bienes estén divididos o indivisos (III, 1, 8), al sancionar la omisión del consentimiento necesario para que la mujer contraiga matrimonio, en el supuesto de que lo haga con persona de inferior condición, con la pérdida de los bienes heredados; en pleitos sobre límites de tierras arrendadas, cuando el arrendador hubiese muerto, los herederos deben prestar juramento respecto a los linderos de la finca (X, 1, 14). Ésta es la consecuencia más clara del concepto de comunidad: que en los debates procesales los herederos, formando una sola personalidad, aparezcan unidos, también lo preceptúa la *Lex* en otro pasaje (X, 1, 4). La comunidad se disuelve por la división, en la cual juega el papel más importante la opinión de la mayoría (X, 1, 3). Estas relaciones de comunidad, tan fundamentalmente quebrantadas ya en la época visigoda por la admisión de las mujeres y por la posibilidad de que del matrimonio surgiesen nuevas comunidades de bienes, experimenta una nueva floración en la época post-visigoda, donde se encuentra régimen de comunidad absoluta de bienes. El matrimonio por sí solo no produce la comunidad, pero sí el nacimiento de los hijos, hasta el punto de encontrarse el principio, tan conocido en los derechos germánicos, de que el advenimiento de un hijo destruye la separación de bienes (las arras son muertas, es frase que emplean los fueros), reconocido con gran extensión. Esta comunidad de padres e hijos está repetidamente probada en los diplomas, cuyas fórmulas de enajenación hacen intervenir

casi siempre a los padres e hijos, unas veces viviendo los dos cónyuges y otras, sólo uno de ellos. No faltan tampoco los casos en que los hermanos aparecen formando como una sola personalidad, que encuentra su causa común en la sucesión de los padres. La comunidad se disuelve por la partición, o por la muerte cuando deban intervenir los principios de la sucesión, pues hay casos en que los comuneros tienen preferencia por su título, *verbi gratia*, hermanos frente a los padres cuando aquéllos conservan el patrimonio indiviso (fueros Cuenca-Teruel) y entonces subsiste la comunidad entre los supervivientes.

La cuarta y última sección de esta parte se consagra a la concepción del Estado. No había llegado el antiguo derecho germánico a concebirlo como una organización social con subjetividad jurídica, ni como titular de derechos patrimoniales, sino como una de tantas asociaciones de personas, si bien la más amplia y comprensiva, en cuanto abarcaba a todos los individuos libres y con capacidad militar de un pueblo. La reunión de estas personas representaba al Estado y ejercía los derechos de soberanía: los hombres libres decidían sobre la paz y la guerra; pactaban alianzas; fijaban el derecho, ya judicialmente, ya en las asambleas; nombraban los funcionarios. Estos poderes van transfiriéndose a los reyes, sobre todo en la parte financiera y en la facultad de disposición sobre la tierra, patrimonio común; por estos motivos encuentra obstáculos la concepción del Estado como persona jurídica.

Respecto a los visigodos, por testimonio de Jordanes sabemos que, por lo menos hasta la lucha contra los hunnos, reunían sus asambleas a fin de decidir los asuntos graves, e incluso la dirección de las operaciones militares era sometida a la deliberación de la asamblea del pueblo. La elaboración del derecho estaba, por lo menos hasta los tiempos de Eurico, entregada a la costumbre. Y la elección de los reyes persiste hasta época muy avanzada de la monarquía visigoda, encontrándose mención de ella incluso en el reinado de Recesvinto, por más que ya desde muy atrás se hubiesen transferido a los monarcas casi todas las atribuciones inherentes a la soberanía. La entrada de los visigodos en el Imperio romano cambió profundamente sus ideas políticas y sus prácticas en estas materias; en unos casos por presión de las circunstancias; en otros, por exigencias del ambiente en que viven: el resultado de estas causas concurrentes fué la transferencia de atribuciones de las asambleas al rey, si bien todavía pueden apreciarse diferencias de importancia entre el primer Alarico, que consigue adoptar el carácter de un verdadero monarca, vencedor de las fuerzas centrífugas, y Eurico, fundador de un imperio independiente de Roma; con él comienza la destrucción de la antigua constitución democrática; se ve esta tendencia fuertemente acentuada bajo Leovigildo y concluye el proceso de evolución en el reinado de Recesvinto. No parece que Eu-

rico prescindiese enteramente de las asambleas populares; pero llevaba ya la clave de la representación política estatal: sólo merced a esta centralización de autoridad pudo lograr un ejército disciplinado y victorias de consideración contra los enemigos exteriores. Se nota más la pérdida de derechos políticos de los hombres libres en las cuestiones relacionadas con la administración de justicia: a las asambleas judiciales sustituyen los jueces unipersonales y en última instancia el rey, como lo prueban varios fragmentos del Código de aquel monarca (capítulos 277, 282, 289, 312, 322). El rey, como tal juez supremo, podía dar edictos: ya los dió Teodorico I; pero es Eurico el que por vez primera recoge en una amplia redacción el derecho visigodo, hasta entonces fundamentalmente consuetudinario. Y aunque Isidoro de Sevilla nos da esta noticia inmediatamente después de hablar (capítulo 35 de *Hist. Reg. Got.*) de las asambleas todavía convocadas por ese monarca, no parece que su código tenga otro carácter que el de una colección elaborada oficialmente. Las demás facultades, consecuencia de poderes soberanos, también son ejercidas por el monarca: así, mando del ejército, nombramiento de funcionarios, reparto de tierras y garantía de su división. Queda como último residuo de los derechos políticos de los hombres libres la facultad de elegir al rey, limitada de hecho a las clases nobiliarias, y no en interés del monarca, para darle un fundamento jurídico a su poder, sino en propio provecho. A esta facultad de elección acompaña una práctica de deposición violenta, que, a pesar de los anatemas de los Concilios y de los preceptos de la legislación secular, perdura; por eso Leovigildo, para combatir esta peligrosa costumbre de los nobles, se dedica a exterminarlos o desterrarlos, con lo cual no sólo alcanza una eliminación de personas que le estorban en el propósito de asegurar la instauración de una dinastía, sino que enriquece a la Corona con las confiscaciones de bienes. Añádase que es también Leovigildo el que se preocupa de recabar para el monarca la facultad de llamar al ejército, mediante los siervos fiscales o los *compulsores* libres, y se comprenderá el éxito de su política. Leovigildo recaba también para sí la exclusiva en la función de dictar leyes y sus resoluciones; en los casos que los jueces no encuentren previstos y que deben enviar al monarca, se previene que sean insertas en el Código (II, I, 13). Y hasta en la parte ornamental, Leovigildo es el primero que usa atributos regios, como traje especial y trono, cuando antes los reyes vestían igual que los demás hombres libres. Tras de un período de vacilación en el ejercicio de la autoridad monárquica, Chindasvinto continúa la tendencia leovigildiana y ahoga en germen todo intento de restauración democrática. El es quien comienza la unificación jurídica, concluída por su hijo y sucesor Recesvinto. Bajo este último pierden los simples libres el último derecho político que, nominalmente siquiera, les quedaba, cual

es el de intervenir en la elección de los monarcas, con lo cual la antigua constitución del Estado, fundada en la comunidad de personas, encuentra su término.

Por el amplio resumen que antecede, puede juzgarse la importancia del trabajo de Melicher, al par que apreciarse algunas de las faltas. Es quizás la más importante la limitación excesiva de los textos manejados y el desconocimiento que muchas veces revela de sus relaciones: la colección de Muñoz, y ésta aún no enteramente agotada; una media docena más de fueros municipales extensos (Soria, Cuenca, Teruel, Zamora algunas veces, Usagre, Alcalá), y varias colecciones territoriales, no pueden reproducir el panorama de nuestro derecho medieval; falta casi enteramente la utilización de los diplomas, y aunque esto resulte explicable por la ausencia de trabajos monográficos, únicos en que pueden manejarse en amplia medida, previo un penoso trabajo de lectura y selección, hubiese hecho preferible reducir la amplitud del tema y plegarse a esta otra tarea, más obscura quizás, pero más útil, en vez de empeñarse en construcciones de conjunto. El desconocimiento de relaciones entre los textos, hace que muchas veces se multipliquen innecesariamente las referencias: cuando el punto de partida es el Fuero de Cuenca (el autor debe creer que el modelo es Teruel), apenas si es necesario acudir a las adaptaciones o versiones sino para señalar alguna desviación; lo mismo ocurre con el manejo simultáneo del Fuero Real y el de Soria: M. parece ignorar lo escrito certeramente acerca de estas dos colecciones en la última edición de la segunda. Más grave es el manejo simultáneo de esos grupos de fuentes y de otras radicalmente distintas, como el Código de las Costumbres de Tortosa, que, por otra parte, se utiliza muchas veces a través del indigesto resumen hecho en una moderna tesis doctoral.

Quizás haya también un abuso de sistemática, que induce a colocar ciertas instituciones a gusto del autor para encajarlas en el molde previamente formado: tal sucede, por sólo poner algún ejemplo, al citar el orden con que se difiere la tutela (página 218), violentamente enclavado en la tutela colectiva de la *sippe*, como podrían colocarse artículos del Código civil vigente; o con la calificación de los moros no esclavos como extranjeros (página 209), cuando de los textos aducidos se infiere claramente que no existe tal idea.

Defectos de información en nuestra no muy copiosa bibliografía también podrían señalarse: *verbi gratia*, el estudio de Muñoz y Romero sobre los fueros francos, mencionado (página 9), pero que no parece haber leído; el sobrio, pero substancioso trabajo de Hinojosa acerca de la comunidad doméstica en España durante la Edad Media, que le hubiese servido a M. mejor que las pruebas por él aduci-

das, para demostrar la existencia de verdaderas comunidades familiares de bienes. De la existencia de esa curiosa práctica llamada fuero del Baylio, así como de las comunidades de villa y tierra, materias perfectamente adecuadas para ser objeto de estudio en la segunda parte de su disertación, no parece tener noticia.

La transcripción de los textos abunda en erratas de todos los calibres, y algo análogo podría decirse de la manera de designar a los autores españoles en la bibliografía.

Con estos y otros lunares, sin embargo, el trabajo de Melicher proporcionará base aprovechable para estudios posteriores; y en cuanto al examen que hace de los textos contenidos en el *Liber iudiciorum* y otras manifestaciones de la *Lex*, conforme a la edición de Zeumer, es muy completo; podrá sustituir con ventaja a los estudios paralelos de Dahn, redactados en un momento en que el conocimiento del tracto evolutivo del derecho visigodo no había alcanzado la plenitud actual.

ROMÁN RIAZA.

JUAN DE SOLÓRZANO: *Política indiana*. (Reimpresión en cinco volúmenes de la edición "corregida, e ilustrada con notas por el licenciado don Francisco Ramiro de Valenzuela".)—Madrid, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, 1930.

Con gran satisfacción han de haber recibido todas las personas especializadas en los estudios de historia de la América española del período colonial, esta reimpresión moderna de la *Política Indiana*.

Juan de Solórzano es, sin disputa, la figura más esclarecida de la historiografía jurídica hispanoamericana de los tiempos coloniales. Jurisconsulto eminente, formado en la rígida disciplina científica de nuestra vieja Universidad de Salamanca, desempeñó cargos de gran relieve en la administración de justicia colonial y en el Supremo Consejo de las Indias, enriqueciendo así con sus reiteradas experiencias burocráticas su sólida formación universitaria.

Fué, por tanto, un teorizante que pudo contrastar perfectamente sus aspiraciones doctrinales con las exigencias que la realidad imponía. Su *Política Indiana* —adaptación al castellano de su *Disputationem de indianum iure*— acusa de modo magistral este perfecto equilibrio entre el erudito y el hombre de gobierno de temperamento amplio y comprensivo. En sus páginas, por tantos conceptos admirables, se advierte no sólo una profunda información doctrinal y un conocimiento difícilmente superable del derecho positivo de España y de sus Indias, sino también una perfecta ecuanimidad para enjuiciar la política desarrollada