

Colección JURÍDICA GENERAL



Orígenes medievales del Derecho civil

*El universo de las formas.
Lo jurídico y lo metajurídico*

JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO

Doctor en Derecho y en Historia
Académico correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Profesor Titular de Derecho civil UCM
De la Real Sociedad Geográfica y
de la Real Liga Naval Española

Monografías

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- El incumplimiento no esencial de la obligación**, *Susana Navas Navarro* (2004).
- Derecho nobiliario**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario**, *José Antonio Magdalena Anda (Coord.)* (2005).
- Derecho agrario**, *Carlos Vattier Fuenzalida e Isabel Espín Alba* (2005).
- Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional**, *Susana Navas Navarro (Directora)* (2006).
- Democracia y derechos humanos en Europa y en América**, *Amaya Úbeda de Torres* (2006).
- Derecho de obligaciones y contratos**, *Carlos Rogel Vide* (2007).
- Comentarios breves a la Ley de arbitraje**, *Ernesto Díaz-Bastien (Coord.)* (2007).
- La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, *Rosario León Jiménez* (2007).
- Estudios de Derecho Civil**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores**, *Miguel Navarro Castro* (2008).
- De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí**, *Ignacio Arroyo Martínez* (2008).
- Deporte y derecho administrativo sancionador**, *Javier Rodríguez Ten* (2008).
- La interpretación del testamento**, *Antoni Vaquer Aloy* (2008).
- Derecho de la persona**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2008).
- Derecho de cosas**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Historia del Derecho**, *José Sánchez-Arcilla Bernal* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad**, *M.^a Dolores Díaz Palarea y Dulce M.^a Santana Vega (Coords.)* (2008).
- Transexualidad y tutela civil de la persona**, *Isabel Espín Alba* (2008).
- Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa**, *Luis Javier Gutiérrez Jerez* (2009).
- El caballo y el Derecho civil**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2009).
- Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico**, *Carmen L. García Pérez, Ascensión Leciñena Ibarra y María Luisa Mestre Rodríguez* (2009).
- Personas y derechos de la personalidad**, *Juan José Bonilla Sánchez* (2010).
- Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía**, *Gabriel García Cantero* (2010).
- La posesión de los bienes hereditarios**, *Justo J. Gómez Díez* (2010).

Derecho de sucesiones, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
Derecho de la familia, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2010).
La reforma del régimen jurídico del deporte profesional, *Antonio Millán Garrido (Coord.)* (2010).
Estudios sobre libertad religiosa, *Lorenzo Martín-Retortillo Baquer* (2011).
Derecho matrimonial económico, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2011).
Derecho de la Unión Europea, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (2011).
Las liberalidades de uso, *Carlos Rogel Vide* (2011).
El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo, *Paloma de Barrón Arniches* (2011).
La reproducción asistida y su régimen jurídico, *Francisco Javier Jiménez Muñoz* (2012).
En torno a la sucesión en los títulos nobiliarios, *Carlos Rogel Vide y Ernesto Díaz-Bastien* (2012).
La ocupación explicada con ejemplos, *José Luis Moreu Ballonga* (2013).
Orígenes medievales del Derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2013).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL
Monografías

Director: CARLOS ROGEL VIDE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

ORÍGENES MEDIEVALES DEL DERECHO CIVIL

*El universo de las formas.
Lo jurídico y lo metajurídico*

Jesús Ignacio Fernández Domingo

Doctor en Derecho y en Historia

Académico correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

Profesor Titular de Derecho civil UCM

De la Real Sociedad Geográfica y
de la Real Liga Naval Española



Madrid, 2013

© Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 — 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 — (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2013)

ISBN: 978-84-290-1725-0
Depósito Legal: M 5576-2013
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 — 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

“Principio de toda obra es la palabra,
y antes de todo acto está el pensamiento”.

Eclesiástico, 37, 16

*A mi madre y a mi hermano,
que estuvieron conmigo.
A mi Padrino de Orden,
Ilmo. Sr. Barón de Gavín.
A los amigos que me acompañaron
en el Capítulo de San Juan.*

ABREVIATURAS

- ADCo*: Anuario de Derecho Concursal
AEF: Anuario de Eusko-Folklore
AHDE: Anuario de Historia del Derecho Español
BAC: Biblioteca de Autores Cristianos
BIDEA: Boletín del Instituto de Estudios Asturianos
BOA: Boletín Oficial de Asturias
BON: Boletín Oficial de Navarra
BRAH: Boletín de la Real Academia de la Historia
CEC: Centro de Estudios Constitucionales
CEH: Centro de Estudios Históricos
CEM: Centro de Estudios Montañeses
CSIC: Consejo Superior de Investigaciones Científicas
EAA: Estudios de Arqueología Alavesa
FCE: Fondo de Cultura Económica
IEP: Instituto de Estudios Políticos
IER: Instituto de Estudios Riojanos
INEJ: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos
RACMyP: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
RAH: Real Academia de la Historia
RDP: Revista de Derecho Privado
REA: Revista Española de Arqueología
REMPV: Revista de Estudios Marítimos del País Vasco
RIEV: Revista Internacional de Estudios Vascos
RJA: Revista Jurídica de Asturias
RG: Revista de Guimaraes
S.A.P.A.: Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias
TSPAE: Trabalhos da Sociedade Portuguesa de Arqueología e Etnología
UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

INTRODUCCIÓN

A la hora dar comienzo cualquier estudio que tenga por objeto el Derecho civil en alguno de sus momentos históricos es preciso, como es lógico, llevar también a cabo el análisis de tales momentos; con lo que estaríamos dando la razón a Ortolán —en este mismo sentido puede constatarse, entre otras, la opinión de García-Gallo¹—, cuando, en la *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*², no dudaba en afirmar que «todo historiador debería ser jurisconsulto, y todo jurisconsulto debería ser historiador». Con lo que no dejaba de significar una evidencia convertida, desde hace ya mucho tiempo, en un lugar común: que el decurso del Derecho, al ser eminentemente histórico, nunca puede ir diferenciado del estudio del medio en el que se produce³. Aún con mayor razón esto resulta aconsejable cuando, como luego veremos, es el propio Derecho el que ha llegado a tener unas connotaciones formalistas esenciales, inaprehensibles sin un correcto encuadramiento histórico; al menos en cuanto a su nacimiento y concreción se refiere. Y eso sin tener en cuenta que el método historiográfico,

¹ Cuando escribe sobre la necesidad de la formación histórica de los juristas, y que tendrá lugar en España, a partir de Martínez Marina, en la segunda mitad del siglo XVIII. Vid. *Manual de Historia del Derecho español*. I. El origen y la evolución del Derecho, 4ª ed., revisada, Madrid, 1971, pág. 11.

² Madrid, Lib. de Leocadio López, 1873.

³ No obstante, desaparecidos ya los polígrafos del XIX, es casi imposible encontrar, en el medio académico, personas capaces de abarcar estas disciplinas; si bien ejemplos como los del Profesor Zimmermann sirven aún de feliz justificación a estos asertos, como puede comprobarse en su obra *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*. La tradición del derecho civil en la actualidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

y aún más aplicado al Derecho, no deja de ser algo necesitado de una revisión en profundidad.

Pero esto, como es evidente, no sólo sucede con el Derecho. Cualquier materia se ha convertido ahora, por mor de una investigación más rigurosa o más exacta, en algo interdisciplinar, que no puede resultar ajeno a cuanto tratamiento exija dicha investigación; so pena de quedar oscurecida por lagunas lamentables, que podrían incluso hacerla derivar hacia conclusiones erráticas.

Con singular grafismo algún autor ha sabido poner de manifiesto que «la evolución del estudio de la antigüedad nos ha llevado a parcelar el conocimiento de un modo excesivo, de manera que muchos aspectos son estudiados desde una sola “disciplina”, olvidando que la vida es, en sí, indivisible, y que nosotros sólo la observamos desde distintos aspectos. Pero, al aislar alguno de ellos, corremos el riesgo de perder una perspectiva global, que es la que nos ayuda a comprender un fenómeno histórico»⁴. Al reproducir este texto no estamos, en modo alguno, haciendo ninguna apuesta decidida por la falta de especialización; nada más lejos de la intención de quien esto escribe; pero sí intentando suscitar una toma de conciencia hacia un tratamiento integrador, con objeto de que la realidad que posteriormente acotemos —sin duda ha de tratarse ya del aspecto más especializado— se halle formando parte de un todo armónico, integrada en el mismo, y al que no se le puedan hurtar precisiones de interés.

La idea inicial, que fácilmente podría llevarnos a emparejar nuevamente Derecho civil e Historia del Derecho (caras ambas de una misma y general disciplina) no debe, sin embargo, tomarse en su sentido más literal; porque ello podría conducirnos hacia una reducción simplista, que no puede ir más allá de unos terrenos comunes, sobradamente conocidos. La lectura que debe hacerse es otra: por cuanto acabamos de exponer, resulta evidente que no parece correcto aventurar ningún estudio del Derecho civil sin llevar también a cabo un análisis que tenga presente la que sería su “real” importancia histórica. Destacamos ese aspecto “real” como el más significativo; aunque también puede que nos resulte, en ocasiones, el menos aprehensible de la disciplina.

De alguna manera estamos acostumbrados a plantear cuanto concierne a la Historia del Derecho (y del Derecho civil, por ende) a través

⁴ Remesal Rodríguez, «Aspectos legales del mundo funerario romano», Separata de *Espacios y usos funerarios en el Occidente Romano*. Vaquerizo (Ed.), Seminario de Arqueología, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002, pág. 369.

de unas obras que hemos dado en considerar, sin más, como el Derecho vivo; acomodándonos a una sistemática simple —muy didáctica, eso es innegable—, que nos ha facilitado siempre el acercamiento a las figuras e instituciones estudiadas. Pero puede ser que nada exista más alejado de la realidad que un planteamiento como éste, que, quizá por tradicional, ha sido admitido casi sin reservas por generaciones de juristas e historiadores. De ahí que resulte muy fácil, como ha evidenciado King, llegar a incurrir en errores tales como «trasladar el precepto legal a la práctica social, dar por sentado que la existencia de una prescripción supone su cumplimiento, atribuir excesiva importancia a disposiciones que ilustran situaciones de tiempos ya pasados;...»⁵.

En lo que a nosotros concierne, vamos a intentar, sin embargo, a través del análisis de una época suficientemente amplia e importante como la denominada Edad Media, plantear la cuestión desde un punto de vista diferente. A ello nos ha llevado una aproximación al universo de las formas; desde luego mucho más sugestivo y, sin duda, quizá hasta más exacto. Partimos, por tanto, de un convencimiento inicial, que nos ha conducido a suscitar la argumentación que ahora presentamos.

Ahora bien ¿por qué las formas? Sin entrar todavía a perfilar cuál puede ser su significado (no olvidemos el conocido —y puede que controvertido— principio *forma dat esse rei*), hemos de dar comienzo a este largo discurso señalando cómo la obligada pregunta tiene también una respuesta concisa: porque son las formas las que han constituido la esencia de toda una sociedad que iba evolucionando, paulatinamente, desde un pretendido oscurantismo altomedieval (esa época, sin embargo, increíble que ha dado en denominarse actualmente como la “Antigüedad tardía”)^{6,7,8} hacia otras ideas —que no tenían por qué ser más brillantes,

⁵ King, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Madrid, Alianza Universidad, 1981, pág. 13.

⁶ «La *media ætas* no es un apéndice del mundo romano, ni un paréntesis, que si para algunos ha sido oscura, un torpe tiempo de oscuridades, es tan sólo porque no han sabido iluminarlo, o porque no han sido capaces de percibirlo con sus propias luces». Tomás y Valiente, «Prólogo» a la obra de Grossi *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 18.

⁷ «La tradición sitúa en el siglo V el paso de la Antigüedad a la Edad Media. En esos momentos, Europa no existe». Duby, *Arte y sociedad en la Edad Media*, Madrid, Taurus, 2011, pág. 15.

⁸ «En su origen, el término “Edad Media” fue un homenaje a la Antigüedad. Significa “el período intermedio”, de lo cual los italianos del siglo XV ya eran cons-

pero que se han reconocido tradicionalmente como mucho más luminosas—, del Renacimiento, que se insinuaba ya desde las postrimerías de la Baja Edad Media. El problema, sin embargo, es complicado, porque las formas, al menos en una aproximación pedestre, son evanescentes, mutables; puede pensarse que incluso caprichosas, aunque ésta sea una idea equivocada; mientras que las normas, por el contrario, aun cuando no se hayan aplicado (recordemos entre nosotros ese célebre “*las leyes se acatan, pero no se cumplen*”), están ahí, y es por ello por lo que hemos dado en otorgarlas una vitalidad de la que seguramente carecieron⁹. Ni siquiera habría que partir ahora de la aceptación de la ignorancia de las normas, entendiéndolo que la misma había constituido motivo de exclusión para determinadas personas y colectivos¹⁰, para hacerse una idea cabal de que se daban, de alguna manera, con un carácter más particular que general. Todo lo contrario a lo que ocurre hoy en día. No olvidemos tampoco que, mientras que las formas configuraban la sociedad, el pe-

cientes. (Posiblemente “*médium aevum*” sea una traducción de “*Mittelalter*”, “*moyen âge*”).

Con esa designación se sugería la idea de un milenio inútil, que habría existido para castigar a la humanidad, lo que le dio una reputación de barbarie ya que en el inicio, en efecto, el mundo se vio invadido por los bárbaros [...] Pero aun cuando fue posible juzgar mal a la Edad Media, no fue posible despreciarla. Finalmente se advirtió que nuestra existencia tiene sus raíces en ella, aun cuando la cultura moderna derive predominantemente de la Antigüedad. De modo gradual fueron apreciándose de innumerables maneras sus calidades específicas e incluso ciertos aspectos despertaron un verdadero entusiasmo, lo que, no obstante, motivó la hostilidad de personas cuya mentalidad era absolutamente moderna; y hasta el día de hoy, en general prevalecen prejuicios muy fuertes y extendidos contra la Edad Media, con la excepción de aquellos que han hecho un estudio más profundo de ella». Burckhardt, *Juicios sobre la historia y los historiadores*, Katz ediciones, Madrid, 2011, pág. 41.

⁹ Autores como García-Gallo, entre nosotros, parecen ignorar las formas, porque plantean todo el estudio histórico a través del universo normativo de las leyes, identificando cualquier manifestación humana, en sus relaciones con los demás, como jurídicas o, al menos, conformadoras de ineludibles consecuencias jurídicas. Cit., *Pássim*.

¹⁰ Idea ésta errónea, pero que recientemente parece querer resucitar alguna que otra “jurisprudencia menor”, como es el caso de la Sentencia de Castellón de la Plana, (SAP n° 356, de 24 de octubre de 2011); precisamente en contra de lo que ha constituido la tradición española, que abarca ya desde el *Fuero Juzgo* (2,1,3) *Flavius gloriosus Reccesvindus rex: Quod nulli leges nescire liceat*, hasta el Código civil (artículo 6.1).

queño microcosmos normativo estaba de alguna manera relegado, ora a los Estudios, ora a algunas manifestaciones procesales de las que la mayoría de la población se encontraba felizmente alejada. Establecer, por tanto, un estudio del Derecho civil (en toda la amplitud de la *cives* y de la sociedad estratificada) basado en las normas que nos han llegado, sería quizá tan erróneo como pretender intentar comprender el juego del baloncesto a través de los diversos emblemas de los equipos; sin duda más quintaesenciados que la normativa que nos corresponde contemplar, aunque igualmente insatisfactorios. Entendemos por ello que quizá fuera conveniente partir de un planteamiento distinto, cual es el de que las ciudades, al menos en su concepción más antigua y, sobre todo, romana, van a irse despoblando paulatinamente, a medida que se produzcan, en el siglo V, las invasiones de los pueblos “bárbaros”. Idea ésta que, aunque parece extraída un poco a contrapelo, resulta sin embargo esencial a la hora de explicar la estratificación social de los siglos medievales, tras la decadencia del Imperio.

Pero como pocas cosas son originales (y ninguna, fuera de Dios, creativa, por mucho que se empeñe en ello nuestra Ley de Propiedad intelectual), hemos de señalar que la idea de este trabajo nos ha venido sugerida, de alguna manera, por una relectura de la conocida obra de Huizinga *El otoño de la Edad Media*. El texto, original en gran medida, peculiar en otros aspectos, pero siempre interesante, nos ha vuelto a poner sobre aviso acerca de la fiabilidad (y utilizamos la locución en todo su rigor) de los estudios histórico-civiles basados en las conocidas fuentes legales que, desde este mismo momento, consideramos que deben ser sometidas a revisión en profundidad; cuando no soslayadas (al menos en una gran parte), para dejar que se abra paso, con la pujanza que sin duda debió tener, la auténtica realidad: la que nos escapa y que, en ocasiones —también hay que confesarlo— habremos perdido definitivamente.

En el caso del profesor holandés, fue su necesidad de comprensión de la obra de los hermanos Van Eyck la que le llevó a indagar en la brillantez cortesana de Borgoña, los viejos *burgundios* de las leyes germánicas, que tanto habría de influir, en los siglos futuros, en la Corte española, con la Casa de Habsburgo¹¹. En el nuestro lo ha sido, sin embargo,

¹¹ Vid al respecto la completa obra *El legado de Borgoña: fiesta y ceremonia cortesana en la Europa de los Austrias (1454-1648)*, ed, a cargo de Krista De Jorge, Bernardo J. García García y Alicia Esteban Estringana, Fundación Carlos de Amberes, Marcial Pons, Madrid, 2010, pássim.

la necesidad de poner fin a la que consideramos larga polémica, que va ya resultando embarazosa: la perpetuidad o no del Derecho romano; el nacimiento de nuestro Derecho civil y la regulación de la vida cotidiana en ese largo, prolijo período de la Historia, al que nos acercamos tantas veces y, en muchas ocasiones, con tanto desconocimiento como dedicación¹².

Nuestra Historia, contemplada desde un punto de vista general y en todos sus aspectos, no puede negarse que resultó ser muy diferente a la del resto de lo que hoy llamamos Europa. La invasión y ocupación sarracena no sólo abarcó un largo período que ha servido —por obvio se evidencia— para generar un estilo distinto, tanto en sus maneras cortesanas como en sus manifestaciones legislativas, sino que marcó también una época de relativo aislamiento, en el que se desarrollaron los diferentes reinos que iban, a la postre, a conformar una unidad, artificiosa si se quiere, pero duradera, bajo la posterior inspiración de los Reyes Católicos.

A nadie tampoco se le escapa el hecho de que así se forjó tanto la peculiar idiosincrasia como la unidad nacional, aunque se trate de cuestiones que ya venían desde antiguo. De ahí que no puedan aplicársele los mismos parámetros con los que podemos enjuiciar el devenir de Europa; si bien el sentimiento religioso —exacerbado en los períodos críticos¹³— y la unificación llevada a cabo por el Cristianismo, hayan servido para que tal pretendido alejamiento sea sólo relativo; permitiendo incluso desde tempranos tiempos, a través de la idea de peregrinación y de cruzada, una permeabilidad que va a cobrar cuerpo en Fueros, batallas, repoblaciones y estilos de vida.

Pero no se trata, con todo, de llevar a cabo ningún *excursus* histórico o historicista, sino, por el contrario, de observar, a través de su devenir,

¹² «La historia está siendo revisada o inventada hoy más que nunca por personas que no desean conocer el verdadero pasado, sino sólo aquel que se acomoda a sus objetivos. La actualidad es la gran era de la mitología histórica...». Maíllo Salgado, *Acerca de la conquista árabe de Hispania*. Imprecisiones, equívocos y patrañas, Ediciones Trea, Gijón, 2011, pág 11.

¹³ «“La historia hispana es, en lo esencial, la historia de una creencia y de una sensibilidad religiosa y a la vez de la grandeza, de la miseria y de la locura provocadas por ellas”. Salvada la hipérbole que encierra esta bella frase —la historia de España ha sido mucho más que eso— puede asentirse a la idea matriz que la preside». Sánchez-Albornoz, *España, un enigma histórico*, T.I., 10ª ed., Edhasa, Barcelona, 1973, págs. 241-242.

de la diacronía, cómo el que hemos llamado “universo de las formas” va a irse transformando paulatinamente en un Derecho objetivo, merced a la consagración de la costumbre, que es, de ese modo, ¿elevada? a norma jurídica, al menos en cuanto a su configuración; porque la idea, como veremos, no puede resultar pacífica. «En la infancia del género humano —lo ha escrito Maine— no se concibe la idea de una legislación cualquiera, ni de un autor determinado de derecho; entonces no se piensa, y el derecho apenas llega a los límites de la costumbre; es más bien un hábito; está en el aire (*il est dans l'air*), como dicen los franceses»¹⁴. Tampoco podemos dejar de señalar que Fueros municipales y Cartas pueblas regulan o se ocupan, por regla general, de situaciones de anormalidad, “contrarias a derecho”, si así podemos señalarlo; pero no de cotidianidad, como ahora sucede. Aunque hayamos de volver sobre este planteamiento, que puede parecer sin embargo simplista y un tanto insatisfactorio, bástenos por ahora con señalar que la ley se promulgaba esencialmente para corregir; no se imponía en la vida diaria para disciplinarla. Para eso estaban las formas que, como acabamos de exponer, generarán las costumbres. Ése puede entenderse ya como el tránsito y el origen de lo reglado. Por ello no conviene dejar de tener presente una idea básica, cual es la de que el Derecho, que ahora abarca todos los ámbitos de la existencia ciudadana —máxime desde la irrupción del Derecho administrativo, fruto maduro del Estado moderno y absorbente— ni significó en otros tiempos, ni tuvo ese alcance que ahora hemos de otorgarle.

Sería por ello un lamentable error el llevar a cabo, sin más, una transposición retrospectiva hacia la vida del Medioevo, donde eran las formas las que regían la vida común; dejándose el Derecho fundamentalmente para las cuestiones litigiosas, frente a las que una inmensa mayoría de la población permanecía ajena.

Así pues, tal y como acabamos de indicar, vamos a limitar nuestro estudio al período medieval —con las alusiones pertinentes y obligadas a otros espacios—, porque un tratamiento *in extenso* de las formas es tarea desbordante. Pese a ello, tampoco es fácil reducir a este solo ámbito, como si fuera algo diseccionable, su riqueza y contenido, ya que las formas vienen de antiguo... ¿Cuántas veces hemos debido plantearnos por qué la Antigüedad era tan formalista?, ¿hay alguna razón que pueda imponerse sobre lo que nos indicaría el más elemental sentido común? Sin

¹⁴ En *El Derecho Antiguo*, Cívitas, Madrid, 1993. Ed. facsimilar de la de Madrid, Tip. de Alfredo Alonso, 1893, pág. 2.

embargo, la explicación que se ha dado no deja de resultar bien sencilla: la sacralidad¹⁵.

El sentimiento de lo sagrado, que imbuje las sociedades arcaicas, desde el mito hasta las teofanías, es rigurosamente formal¹⁶. Eso lo contemplamos en Roma, con el decidido influjo de los sacerdotes o “pontífices”. Unos artífices que no sólo unían las orillas de los ríos, sino que también eran el importante nexo de transmisión entre Dios y los hombres, dado que, tras la creación de su colegio por Numa Pompilio, les fue encomendada la confección del calendario, así como la resolución de los conflictos entre los jefes familiares¹⁷ y la vigilancia y control de las leyes *sacras*; que no son otra cosa que leyes *privatas*, sin ninguna validez en el orden civil, pero situadas por encima de él¹⁸, y que constituían el Derecho denominado “pontifical”. Lo vamos a encontrar también en el fundamento del *Althing* islandés¹⁹. Lo hemos visto en Moisés, cuando descargaba en su hermano Aarón la tarea de guardar lo sagrado, de relacionarse con la divinidad, de conformar una casta esencial en esa primera manifestación de la legislación hebraica; y lo vemos en la India, en China, en el propio Japón,...

«Moisés, del pueblo hebreo, fue el primero que redactó leyes divinas en las Sagradas Escrituras. Entre los griegos fue el rey Foroneo el primero en dictar y establecer juicios. Mercurio Trimegisto fue el primer legislador de los egipcios, como Solón lo fue de los atenienses. El primero en imponer a los lacedemonios normas jurídicas, emana-

¹⁵ Como señala Planitz (*Principios del Derecho Privado Germánico*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 3), «los contratos necesitan una forma típica; ésta tiene que consistir en símbolos y solemnidades concretas, ya que falta la capacidad de pensamiento abstracto (...) Las ideas religiosas influyen de forma inmediata en el Derecho privado...».

¹⁶ «Se supone que una presidencia sobrenatural consagra y mantiene todas las instituciones fundamentales de aquellos tiempos: el Estado, la raza, la familia». Summer Maine, cit., pág. 1.

¹⁷ «Por medio de los ritos procesales y negociales se aísla el ámbito del *ius* respecto del indiferenciado mundo de normas sociales con fundamento religioso». *Textos de Derecho Romano*, Coord. por Rafael Domingo, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 486.

¹⁸ Remesal Rodríguez, cit., pág. 370.

¹⁹ «En la República de Islandia el poder legislativo y judicial estaba en manos de la Asamblea General o *Althing*, regida por treinta y seis *godar* o sacerdotes». Casariego Córdoba, *Saga de los groenlandeses. Saga de Eirik el Rojo*, Biblioteca Medieval Siruela, Madrid, 2010, pág. 94, en nota 4.

das de la autoridad de Apolo, fue Licurgo. Numa Pompilio, sucesor de Rómulo en el trono, fue el primero que instituyó leyes para los romanos, más tarde, no pudiendo el pueblo tolerar el partidismo de los magistrados, creó los decenviros que redactasen una legislación, y éstos expusieron en doce tablas unas leyes inspiradas en los libros de Solón, traducidos al latín...».

Así lo había ya señalado el gran Isidoro en sus *Etimologías*²⁰.

En definitiva, en todas las manifestaciones culturales incipientes; porque el sentido del misterio es el que eleva al hombre y, en su búsqueda permanente de la divinidad, encuentra el formalismo —las formas— como una manifestación esencial; quizá la más rigurosa de su trascendencia.

Pero puede también que esa idea primitiva, o arcaica, de forma y acercamiento a la divinidad no sea, sin embargo, la satisfactoria; aunque sirva como propedéutica para el ulterior desarrollo de las formas del medioevo. Es obvio que la Edad Media, de alguna manera, ha evolucionado, se encuentra en un estadio de civilización más avanzado y es consciente de que una cosa es la teología y la espiritualidad y otra bien diferente la manera de comportarse y relacionarse en la sociedad. De ahí que las formas medievales ya no presenten un carácter sagrado (o al menos tan acusadamente sagrado), porque eso va a dejarse para las manifestaciones artísticas²¹; lo que no impide que su rigorismo siga siendo de cumplimiento observado, hasta el extremo de que no va a concebirse un Derecho —cuando sea “realmente” Derecho, advertimos— que no descansa en el carácter formal de las instituciones²²; por extrañas que, en ocasiones, éstas puedan parecernos.

²⁰ T.I., Libro V, «Acerca de las leyes y los tiempos», BAC, Madrid, MCMXCIII, pág. 509.

²¹ «Admiramos lo que queda de ese arte. Sin embargo, no vemos sus formas con los mismos ojos con los que se vieron por primera vez. Para nosotros son obras de arte, y no esperamos de ellas, como tampoco de las actuales, más que un placer estético. Para los hombres de la época, esos monumentos, esos objetos, esas imágenes eran ante todo funcionales. Servían para algo. En una sociedad muy jerarquizada, que atribuía a lo invisible la misma realidad que a lo visible, y una fuerza aún mayor, y que no concebía que la muerte pusiera fin al destino individual, desempeñaban tres funciones principales...». Duby, cit., pág. 9.

²² «...la relation entre la Religion et le Droit, très étroite à cette époque». Létinier de Arvizu, «L'Église Wisigothique espagnole: son influence dans le droit des mœurs», en *Droit et Mœurs: Implication et influence des mœurs dans la configuration du droit*, Universidad de Jaén, Jaén, 2011, pág. 25.

Téngase además muy presente —más adelante habremos de entrar en este aspecto— que existe también un cierto confusionismo entre los conceptos de religión y moral; lo que dificulta, muchas veces, el tránsito hacia una regulación “objetiva”, en el sentido actual.

Como acertadamente ha escrito Schleiermacher, «...la religión, para tomar posesión de su propiedad, renuncia a toda pretensión sobre todo lo que pertenezca a aquéllas [en referencia directa a la metafísica y a la moral] y devuelve todo lo que le ha sido impuesto por la fuerza. Ella no pretende, como la metafísica, explicar y determinar el Universo de acuerdo con su naturaleza; ella no pretende perfeccionarlo y consumarlo, como la moral, a partir de la fuerza de la libertad y el arbitrio divino del hombre. Su esencia no es pensamiento ni acción, sino intuición y sentimiento»^{23, 24, 25}. Pero esto no podemos esperararlo todavía de unas sociedades que en este punto aún serían incipientes, donde todo está mezclado a partir de la idea religiosa, y en cuyo confusionismo es preciso ir ya poniendo orden, con objeto de poder comprender ese universo formal, de origen indubitadamente teocrático.

Aún podríamos añadir alguna que otra idea, que tiene que ver, y mucho, con lo que pudiéramos llamar la “volatilidad” de las formas; tomadas ahora en un sentido más restringido, o más actual.

Consideradas tan sólo como elementos constructores de una cultura, las formas resultan ser, al menos en el actual contexto, donde se ha perdido ya su significado ancestral, el elemento más frágil, quizá por externo, de la misma. Pero es en esa misma fragilidad donde radica su trascendental importancia. ¿Hay algo más frágil que una forma; o, si se quiere, que un formalismo? Pero cuando éste se quiebra, una parte de la sociedad se desmorona. Puede fácilmente aducirse entonces que estaba cimentada sobre pilares falsos, que tenía los pies de arena; pero lo que resulta innegable es que las formas, como manifestación externa de las instituciones y de la sociedad, son el elemento crucial de las mismas. Cuando las formas se relajan o destruyen, todo un sistema, un entramado social, se viene

²³ *Sobre la religión*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 35.

²⁴ «La ética exige del individuo su incondicional sumisión a los intereses y organización de la colectividad, que se presentan como jurídicamente vinculantes». Plantiz, cit., pág. 3.

²⁵ «Ella [la religión] no sustituye al derecho ni a la moral, que son autónomos en su orden propio». González de Cardedal, «El reto y la respuesta», *ABC de Madrid*, 20 de diciembre de 2011, pág. 3.

abajo con ellas. Basta que uno solo incumpla, para que todo se conmueva. Esto lo sabemos sobradamente; de ahí que, a veces, decidamos mantener hipócritamente las formas porque resultan ser, a la postre, el único sostén de la sociedad organizada.

¿Formalismo o libertad? ¿Hay diferencia? ¿No son acaso las formas convenciones sociales que, en aras de esa misma libertad, se ha dado el grupo? Destruir las formas equivaldría entonces a atacar la libertad. Y ni siquiera debemos remitirnos a formas educacionales para ser conscientes de que su ataque significa la destrucción de todo un estilo de vida. Lo que nos lleva a recapacitar sobre algo que también es esencial: que las formas se encuentran al principio y al final de cada sociedad organizada; envuelven el tejido social, lo impregnan, le confieren su peculiar idiosincrasia. Las formas, en definitiva, se nos ofrecen como un resultado práctico en el que se refleja la abstracción de lo que pensamos, y que constituye nuestro ámbito de libertades, dentro de una sociedad estructurada. No son la punta de ningún iceberg a la deriva, sino la manifestación visible de una idea común.

Pero estamos hablando, indubitadamente, tal y como acabamos de advertir, de formas actuales; casi pautas de comportamiento o conducta, que es a lo que se han reducido, tras la absorción por lo jurídico de sus elementos integradores y cohesionadores de la sociedad.

Llegar al convencimiento de suscitar un método de estudio diferente nos ha supuesto un problema añadido a la, ya de por sí, ardua tarea investigadora: la necesidad de una ruptura con una gran parte de la “información” precedente.

Muchas veces nuestra propia formación —la información que hemos ido recibiendo a lo largo del tiempo— es la que condiciona el desarrollo de nuestra manera de pensar; hasta el punto de que algunas de las conclusiones a que llegamos puedan resultar previsibles. No ha sido éste el caso, ya que esa información ha venido a representarnos, por el contrario, un lastre difícil de soltar; que nos ha hecho reflexionar, una y otra vez, y volver sobre el texto escrito, con objeto de revisar el avance, siempre difícil, de una posición a todas luces heterodoxa; pero que ha tratado, por todos los medios, de romper con el mito —hay mucho de mito en el acercamiento histórico a las realidades lejanas, entendido como estereotipo— que constituye el acomodo de un estudio ordenado.

Incidir pues en el mundo visigodo; adentrarnos en la complejidad de la repoblación peninsular; entender la empresa de la reconquista y poderla contemplar —o, al menos, intentar hacerlo— con mirada medieval,

es algo que resultaría imposible, si no estuviéramos convencidos de algo tan esencial como es el que su formalismo, su religiosidad y la idea, más o menos difusa, de una cierta unidad, si no nacional sí al menos cultural, debían constituir los pilares y acicates que sustentaron y movieron a nuestros antepasados a la ingente tarea, plurisecular y compleja, de rehacer España.

A centrarnos en esta larga e interesantísima época nos ha llevado, singularmente, el convencimiento de que existe un tratamiento disociado de la realidad que pretendemos estudiar. Personalmente no estamos convencidos de la existencia de un Derecho romano absoluto, que condicionara todos los aspectos jurídicos posteriores. Es más, como intentaremos poner de manifiesto a lo largo de estas páginas, eso es algo que nunca llegó a producirse “realmente”. La idea generalizada de que en España rigió un “Derecho romano vulgar”, lugar común de los historiadores del Derecho, nos resulta aún más desconcertante que entender la existencia del latín “vulgar”, generador de las lenguas “romances”. Si en el caso de las lenguas no abrigamos dudas de ningún tipo, sí las tenemos —y muchas— respecto de la vigencia de un Derecho que, siendo eminentemente público, apenas si se manifestó en el ámbito privado; con lo que la cuestión, compleja en sí misma, queda ya planteada.

Todo este tratamiento que abordamos —así lo entendemos también—, debe llevarse a cabo desde la inmanencia de la fenomenología, que nos facilite alejar de nuestro pensamiento el razonamiento tradicional a que nos ha conducido la, hasta ahora, imprescindible lógica kantiana; con su consiguiente arribo a una metafísica, que habría de resultar tan innecesaria como entorpecedora. Y si bien no podemos considerar una fenomenología del hecho histórico —que podría conducirnos incluso a absurdas ucronías—, sí podemos predicarlo de la Historia; lo que conviene tener muy presente para un desarrollo ulterior del planteamiento que proponemos²⁶.

«En lugar de evaluar la felicidad o la infelicidad, de emitir alabanzas o reproches igualmente estériles, debemos limitarnos a considerar y comprender a las fuerzas vivas, su sucesión, su interacción

²⁶ «Es fenomenológico todo proceder que pone entre paréntesis el tupido mundo de las explicaciones sobre los fenómenos, a fin de identificar con precisión los datos primarios, las intuiciones originarias y someterlos a la descripción más precisa posible». Gracia, *Como arqueros al blanco*. Estudios de bioética, Triacastela, Madrid, 2004, pág. 131.

y sus modificaciones. Para alcanzar ese fin debemos liberarnos de la mera narración de los hechos que pueden dar los manuales. Tenemos que *agrupar* los fenómenos de acuerdo con sus relaciones internas, en virtud de las cuales nacen las situaciones y las instituciones perdurables. La *historia de la civilización* debe hacer valer sus derechos. Es posible concebirla y definirla de diferentes maneras; durante mucho tiempo tendrá una apariencia de diletantismo subjetivo y representará un dominio vasto y mal delimitado, desde la rama que llamamos las “antigüedades” hasta aquella que designamos como “filosofía de la historia”. Cada uno actuará de acuerdo con su intuición personal. Sin embargo, no se trata de incluir dentro del concepto de historia de la civilización lo que uno quiera, sino aquello que se siente el deber y la obligación de incluir»²⁷.

²⁷ Burckhardt, cit., págs.. 44-45.

CAPÍTULO I

I. APROXIMACIÓN A UNA NUEVA DISCIPLINA

La Escuela del Derecho histórico español ha tenido, en los comienzos del siglo XX (antes ni siquiera podemos hablar de ella; todo lo más de reputados y dignísimos autores)²⁸ unos señeros y significativos representantes, en personalidades tales como Hinojosa, Ureña, Altamira, Galo Sánchez, García-Gallo,... Son, de alguna manera, los padres fundadores de una disciplina en la que se han ido inspirando todos los estudiosos de la materia; bebiendo en sus fuentes; alargando los caminos trazados; ensanchándolos también y hermo세ándolos. Pero ¿alguna vez nos hemos preguntado si ese feliz planteamiento inicial no fuera del todo el correcto?

Lejos del ánimo de quien esto escribe el llevar a cabo rectificaciones al punto de vista de los maestros; pero la duda, la discusión que puede abrirse, entendemos que no debe ser silenciada.

En su época no habían florecido aún disciplinas como la Etnografía, la Sociología, la propia Psicología; ni siquiera un sentido económico de la Historia tan profundo que hiciera declinar toda investigación hacia esos cauces, en ocasiones absolutamente parciales, como los que llevaron a comprender toda acción bélica bajo el exclusivo prisma de los intereses pecuniarios o estrictamente comerciales. No obstante, también debe

²⁸ En este aspecto, y con criterio clarificador y enriquecedor, hemos de remitirnos al, para nosotros, excelente trabajo sintético del profesor Gibert, en su obra *Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Canónico*, Imp. de Francisco Román, Granada, 1975, págs. 1 a 12. Tenemos sin embargo presente la edición de Madrid, Manuel Huerta, 1982, por su añadido de notas.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	23
I. APROXIMACIÓN A UNA NUEVA DISCIPLINA	23
II. ¿DEBEMOS, DE VERDAD, TANTO A ROMA?.....	51
III. LA REALIDAD Y LA ESCUELA. UNA YA LARGA DISTONÍA	65
Análisis de unos textos singulares	71
<i>Edictum Theodorici</i>	72
<i>Codex Euricianus</i>	73
<i>Breviario de Alarico</i>	75
<i>Código de Leovigildo</i>	76
<i>Liber Iudiciorum</i>	79
CAPÍTULO II. EN EL UNIVERSO DE LAS FORMAS	83
A. LAS CARTAS “FORMADAS”	84
Cartas canónicas	86
a. Las “ <i>cartas de comunión</i> ”	87
b. Las “ <i>cartas formadas</i> ”	89
1. Utilización de las “ <i>formadas</i> ” en España	94
2. Garantía de las “ <i>formadas</i> ”	94
c. La Iglesia, precursora de la identidad personal	98
B. DE LA SIMBOLOGÍA A LOS ARMORIALES	99
a. <i>Simbología del color</i>	104
b. Lo que el <i>escudo</i> representa	107
c. El antes y el ahora: lo que la <i>espada</i> significa	110
d. En torno al <i>caballo</i>	113
C. PRIMUS INTER PARES	120
D. LA SUCESIÓN NOBILIARIA: DEL AYER AL HOY.....	131

CAPÍTULO III. DESDE EL AJUAR DEL GUERRERO A LA LEGÍTIMA	139
A. “Cuota del guerrero”	143
a) <i>Se deja al hijo mayor</i>	144
b) <i>A falta de hijo, para el pariente más cercano</i>	146
c) <i>Privilegio a favor de las Órdenes militares</i>	147
d) <i>Reserva a favor del cónyuge viudo</i>	147
e) <i>Otros privilegios</i>	152
1. <i>Mortuarium</i>	152
2. <i>“Luctuosa” (“in nuntium”)</i>	152
B. <i>Cuota pro anima</i>	153
1. <i>Cuota libre</i>	155
2. <i>Como quinto a favor del alma</i>	158
C. <i>Cuota libre</i>	160
I. <i>El Fuero Real</i>	165
II. <i>El Fuero Viejo</i>	166
CAPÍTULO IV	167
1. LA CASA. PASADO, PRESENTE, FUTURO	167
1. Aproximación al concepto de la “Casa”	170
2. Su significación histórica y actual. La Casa como entidad representativa del norte de España	172
3. Alrededor de la “Casa”. El Derecho de la necesidad	179
2. DE FOSA A “FUESA”	182
3. SERVIDUMBRES Y OTROS DERECHOS	189
A. <i>El “Iter ad sepulcrum”</i>	189
B. <i>“Antojanas”, “belenas” o “etxeakoartes” y “gotereos”</i>	193
1. <i>La “antojana”</i>	193
2. <i>“Belenas” o “etxeakoartes”</i>	195
3. <i>El “gotereo”</i>	196
4. LAS RELACIONES DE VECINDAD	197
1. <i>De interés público o social</i>	198
a) <i>Cofradías de pescadores</i>	198
b) <i>Sociedades mutuas contra incendios</i>	201
c) <i>Sociedades mutuas contra los riesgos del ganado</i>	201
d) <i>La facería</i>	203
e) <i>La sestaferia</i>	205
f) <i>Anzo-lan</i>	206
g) <i>Las obrerizas</i>	207
h) <i>Aprovechamiento de montes</i>	207
i) <i>Los caleros</i>	208
2. <i>De interés privado</i>	209

a)	Trabajo a trueque	209
b)	Trabajo por caridad	210
c)	Lora o Lorra	212
d)	La <i>andecha</i>	214
3.	<i>Relaciones entre "vecinos"</i>	215
a)	El hogar	216
b)	Enfermedad, entierro y funeral	217
A MODO DE CONCLUSIONES:		
TODO (Y NADA) ES DERECHO CIVIL.....		223
BIBLIOGRAFÍA		235

